Dieter Finzel

Strafvollstreckung und Strafvollzug

Eine Untersuchung zur Abgrenzung, Rechtsnatur und systematischen Stellung

Inauguraldissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes

Saarbrücken 1970

STRAFVOLLSTRECKUNG UND STRAFVOLLZUG

Eine Untersuchung zur Abgrenzung, Rechtsnatur und systematischen Stellung

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Referendar Dieter Finzel

aus Gemünden/Hunsrück

SAARBRÜCKEN 197o

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Herbert Hax

Erstberichterstatter: Professor Dr.Gerhard Kielwein
Zweitberichterstatter: Professor Dr.Heinz Müller-Dietz

Tag der Disputation: 29. Juni 197o

M E I N E N E L T E R N

Inhaltsübersicht

Seite

1. Abschnitt: Einleitung

Die Problemstellung 1

2. Abschnitt: Rechtsschutz des zu Freiheitsstrafe Verurteilten gegen ihn beschwerende Anordnungen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden

A. Vorbemerkung 7

B. Rechtsschutz des Verurteilten seit Inkrafttreten des Grundgesetzes und vor Einführung der §§ 23 bis 3o EGGVG

I. Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung

1. Die Regelung in der Strafprozeßordnung 9

2. Die Regelung in der Strafvollstreckungsordnung 1o

3. Ergebnis 11

II. Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Rahmen des Strafvollzugs

1. Die Regelung in der Dienst- und Vollzugsordnung 11

2. Analoge Anwendbarkeit der §§ 458 ff. StPO 13

a. Stand der Literaturmeinung 13

b. Stand der Rechtsprechung 15

c. Ergebnis 17

3. Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

a. Gesetzliche Regelungen in einzelnen Bundesländern 17

b. Ergebnis 2o

Seite

4. Ersatzrechtsweg des Artikels 19 Abs. IV GG

a. Artikel 19 Abs. IV im besonderen Gewaltverhältnis 2o

b. Behandlung durch die Rechtsprechung 22

III. Ergebnis 24

C. Die Neuregelung in den §§ 23 bis 3o EGGVG

I. Entstehungsgeschichte der Vorschriften 25

II. Die Ausgestaltung des Verfahrens ... 27

III. Ergebnis 29

3. Abschnitt: Begriffliche Klärung
Abgrenzung von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung 31

B. Historischer Rückblick

I. Der Sprachgebrauch der Carolina 34

II. Der Sprachgebrauch in Kodifikationen und Literaturbeiträgen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts 37

C. Der Sprachgebrauch in neueren Kodifikationen

I. Strafprozeßordnung 4o

II. Strafgesetzbuch 43

III. Jugendgerichtsgesetz 44

IV. Sonstige Kodifikationen

1. Preußische Gnadenordnung 46

2. Strafvollstreckungsordnung 47

Seite

D. Abgrenzungsversuche in Rechtsprechung und Literatur

I. Die Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 48

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 51

3. Sonstige Entscheidungen 52

II. Die Literatur

1. Schrifttum bis 1930 53

2. Das jüngere Schrifttum 57

E. Zusammenfassung und Ergebnis 60

4. Abschnitt: Aufgaben und Organisation von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung 65

B. Funktionen im Rahmen von Strafvollstreckung und Strafvollzug

I. Maßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung

1. Im Erwachsenenstrafrecht 65

a. Der Vollstreckungsbetrieb 65

b. Besonderheiten der §§ 24 bis 26 StGB 67

aa) Die Durchführung der Strafaussetzung zur Bewährung . 67

bb) Die bedingte Entlassung .. 72

2. Im Jugendstrafrecht

a. Der Vollstreckungsbetrieb 75

b. Besonderheiten 75

Seite

aa) Die Durchführung der Strafaussetzung zur Bewährung ... 75
bb) Die Entlassung zur Bewährung 76
cc) Die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug 77
dd) Der Jugendarrest 78

II. Maßnahmen im Rahmen des Strafvollzugs

1. Vorbemerkung 8o
2. Der Vollzugsbetrieb 81
3. Behandlung und Verhalten der Gefangenen 81
4. Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafvollzug 84
5. Zusammenfassung und Ergebnis 86

C. Organisation von Strafvollstreckung und Strafvollzug

I. Organe der Strafvollstreckung

1. Vorbemerkung 87
2. Im Erwachsenenstrafrecht
   a. Staatsanwaltschaft und Rechtspfleger..... 87
   b. Das Gericht 87
3. Im Jugendstrafrecht 89

II. Organe des Strafvollzugs

1. Im Erwachsenenstrafrecht
   a. Der Anstaltsbedienstete 9o
   b. Der Richter 9o
2. Im Jugendstrafrecht
   a. Der Vollzug der Jugendstrafe ... 91
   b. Der Vollzug des Jugendarrestes . 92

Seite

5. Abschnitt: Rechtliche Qualifizierung des Vollstreckungs- und Vollzugshandelns

A. Anerkennung einer materiellen Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung

I. Vorbemerkung 93

II. Der Streitstand 94

1. Meinungsstand vor Erlaß des Grundgesetzes 94

2. Meinungsstand nach Erlaß des Grundgesetzes 96

III. Eigene Wertung 97

IV. Abgrenzungskriterien zwischen Rechtsprechung und Verwaltung

1. Die Regelung im Grundgesetz 1oo

2. Die Streitentscheidung 1o1

3. Die Unparteilichkeit 1o4

4. Die Unabhängigkeit 1o8

5. Das Ermessen 1o9

6. Die Voraussetzungen des Tätigwerdens 111

7. Die Rechtsbeständigkeit 112

8. Sonstige Kriterien 114

9. Rechtsprechung im formellen Sinne . 115

1o. Zusammenfassung und Ergebnis 116

Seite

B. Vollstreckung und Vollzug als rechtsprechende oder verwaltende Tätigkeit

I. Das Vollstreckungshandeln

1. Im Erwachsenenstrafrecht 117

a. Vollstreckungsmaßnahmen nach der Strafprozeßordnung 118

b. Vollstreckungsmaßnahmen nach der Strafvollstreckungsordnung 119

c. Besonderheiten

aa) Vorbemerkung 122

bb) Auferlegung von Pflichten im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung 123

cc) Die richterliche Überwachungstätigkeit 13o

dd) Die Bestellung des Bewährungshelfers 132

ee) Der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung 133

ff) Die bedingte Entlassung ... 134

gg) Zusammenfassung 14o

2. Im Jugendrecht

a. Der Vollstreckungsbetrieb 141

b. Die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug 141

c. Besonderheiten

aa) Die Strafaussetzung zur Bewährung und ihre Durchführung 142

bb) Die Entlassung zur Bewährung 143

cc) Der Jugendarrest

(a) Die Vollstreckung 148

(b) Die Arrestumwandlung .. 149

3. Zusammenfassung 149

Seite

II. Das Vollzugshandeln

1. Meinungsstreit in der Literatur ... 15o

2. Kritik 152

3. Das Vollzugsgeschehen

a. Der Vollzugsbetrieb 155

b. Der Besserungs- und Erziehungsvollzug 155

4. Zusammenfassung 159

C. Der Richter in Wahrnehmung von Vollstreckungs- und Vollzugsaufgaben

I. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

1. Vorbemerkung 16o

2. Artikel 92 GG 161

3. Artikel 97 GG 161

4. Artikel 2o Abs. II GG 162

II. Vereinbarkeit mit sonstigen Bestimmungen

1. § 4 Deutsches Richtergesetz 164

2. § 151 Gerichtsverfassungsgesetz ... 166

6. Abschnitt: Systematische Stellung von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung 167

B. Systematische Zuweisung durch Gesetzgebung und Literatur

I. Die Gesetzgebung

1. Die Reichsverfassung von 1871 168

2. Die Weimarer Verfassung 168

Seite

3. Das Bonner Grundgesetz 169

4. Strafprozeßordnung und Strafgesetzbuch 171

II. Die Literatur

1. Schrifttum bis 1930 173

2. Das jüngere Schrifttum 176

III. Zusammenfassung 177

C. Vollstreckung und Vollzug als Teil von materiellem Recht oder Verfahrensrecht

I. Vorbemerkung 178

II. Prozeßrecht und materielles Recht

1. Die Normen 178

2. Die Zielfunktion 179

III. Zusammenfassung und Ergebnis 183

7. Abschnitt: Zusammenfassung und Ergebnis 186

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abg.	Abgeordneter
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (bis Bd. 26/1910: f ü r öffentliches Recht)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AV	Ausführungsverordnung
BAnz	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz von 1953 (BGBl. III Nr. 2030-1) i.d.F. vom 1. Oktober 1961
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlfGk	Blätter für Gefängniskunde
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBl. I S. 243)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwG E	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik

DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz vom 8.September 1961 (BGBl. I S. 1665)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
EinzHG	Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5.August 1957 (BGBl. I S. 1121)
f.	folgende Seite
ff.	folgenden Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.Mai 1898 (RGBl. S. 189)
FinArch	Finanzarchiv
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GemO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen,i.d.F. 28. Oktober 1952 (GS NW S.167)
GewO	Gewerbeordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juli 19oo (RGBl. S. 871)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S.1)
GS	Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.Januar 1877 (RGBl. S. 41), i.d.F. der Bekanntmachung vom 12.September 195o (BGBl. S. 513)
HandwO	Handwerksordnung, Bundesgesetz zur Ordnung des Handwerks i.d.F. vom 28.Dezember 1965 (BGBl. I , 1966 S.1)
HausratsVO	Hausratsverordnung, 6.DVO zum Ehegesetz vom 21.Oktober 1944 (RGBl. I S. 256)
HS	Halbsatz
JAVollzO	Verordnung über den Vollzug des Jugendarrestes vom 12.August 1966 (BGBl. I S. 5o5)
JbÖffR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (1. 19o7 bis 25. 1938; Neue Folge, NF, 1. 1951)
Jg.	Jahrgang
JGG (1923)	Jugendgerichtsgesetz vom 16.Februar 1923 (RGBl. I S. 135)
JGG (1943)	Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6.November 1943 (RGBl. I S. 637)
JGG (1953)	Jugendgerichtsgesetz vom 4.August 1953 (BGBl. I S. 751)

JMBL NW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVBl	Justizverwaltungsblatt
JVollzO	Jugendstrafvollzugsordnung, AV des RJM vom 1.September 1944 (Sonderveröffentlichung der DJ, Nr. 32)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Leg.Per.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVG E	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.Mai 1968 (BGBl. I S. 481)
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RG St	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Z	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJM	Reichsminister (ium) der Justiz
Rpfl.	Der deutsche Rechtspfleger
RT-Drucks.	Reichstagsdrucksache
S.	Seite
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StPÄndG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.Dezember 1964 (BGBl. I S. 1067)
StPO	Strafprozeßordnung i.d.F. vom 17.September 1965 (BGBl. I S. 1374)
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
VerfGHG	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof Bayern, i.d.F. vom 26.Oktober 1962 (GVBl S. 337)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
Vorb.	Vorbemerkung
W.P.	Wahlperiode
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung), vom 11.August 1919 (RGBl.S. 1383)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStV	Zeitschrift für Strafvollzug
ZZP	Zeitschrift für (bis Bd. 62/1942 deutschen) Zivilprozeß

Schrifttum *)

ALTENHAIN, Gustav Adolf, Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug, JVBl 1961 S. 173 ff.; 1962 S. 196 ff.; 1963 S. 1o5 ff.; 1966 S. 265 ff.

ALTENHAIN, Gustav Adolf, Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, DRiZ 1964 S. 297 ff.

ANCEL, Marc, Der Strafvollzugsrichter in Frankreich, ZStW 8o (1968) S. 9oo ff.

ANDRAE, Alfred, Der deutsche Strafvollzug und seine reichsgesetzliche Regelung, in: Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht, Heft 12, Leipzig 192o.

ARNDT, Adolf, Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 1961 S. 1615 ff.

ARNDT, Adolf, Strafgewalt der Finanzämter, NJW 1959 S. 6o5 ff.

BAUMANN, Jürgen, Die Auflagenkataloge im Strafrecht, GA 1958 S. 193 ff.

BAUMANN, Jürgen, Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1.12.61, in: Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld 1965.

BAUMBACH-LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München und Berlin 1966.

BAUR, Fritz, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1.Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955.

BETTERMANN, Karl August, Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung, DÖV 1959 S. 761 ff.

BETTERMANN, Karl August, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich Lent, S.17 ff., München und Berlin 1957.

BETTERMANN, Karl August, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Band III, 2.Halbband, S. 523 ff., Berlin 1959.

BETTERMANN, Karl August, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, S. 361 ff., München 1955.

*) Die Unterstreichungen geben die Zitierweise wieder. Nur am Rande interessierende Schriften sind ausführlich in den Fußnoten der Arbeit zitiert.

BINDING, Karl, Grundriss des Deutschen Strafprozeßrechts, 5.Aufl., Leipzig 1904.

BIRKMEYER, Karl, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

BONNER KOMMENTAR, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950.

BÖTTICHER, Eduard, Inwieweit sichern die Artikel 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg, ZZP 51 (1926) S. 201 ff.

BRUNS, Hans-Jürgen, Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959 S. 1393 ff.

BRUNS, Hans-Jürgen, Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen, GA 1959 S. 193 ff.

BRUNS, Hans-Jürgen, Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956 S. 193 ff.

BRUNS, Hans-Jürgen, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin-Bonn-München 1967.

BUMKE, Erwin, Die Freiheitsstrafe als Problem der Gesetzgebung, in: BUMKE, Deutsches Gefängniswesen, S. 16 ff., Berlin 1928.

DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, Strafrecht und Strafverfahren, 37.Aufl., Berlin 1961.

DALLINGER-LACKNER, Jugendgerichtsgesetz, 2.Aufl., München und Berlin 1965.

DEETJEN, Zum Recht des Gefangenen, Strafrechts-Zeitung 1916 S. 47 ff.

DEPENBROCK, Johannes, Erwachsenen-Strafvollzug, in: Schriften zur Rechtslehre und Politik, Band 24, Bonn 1960.

DEPENBROCK, Johannes, Zur rechtlichen Bedeutung der neuen Dienst- und Vollzugsordnungen im Strafvollzug, NJW 1963 S.9of.

DOEMMING-FÜSSLEIN-MATZ, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JbÖffR (NF) Band 1, S. 1 ff.

EICHENBERGER, Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 341, Bern 1960.

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) / E 1962 mit Begründung / Bundesrats-Drucksache 200/62, Bonn 1962.

ERBS, Georg, Handkommentar zur Strafprozeßordnung, Frankfurt/M.-Bonn 195o.

EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, München und Berlin 195o.

EYERMANN-FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, 4.Aufl., München und Berlin 1965.

FLEINER, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., Tübingen 1928.

FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9.Aufl., München und Berlin 1966.

FRANK, Reinhard, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. bis 7. Aufl., Tübingen 19o8.

FREDE, Lothar, Der Strafvollzug als Gegenstand staatlicher Verwaltung, in: Reform des Strafvollzuges, S. 31 ff., Berlin und Leipzig 1927.

FREUDENTHAL, Berthold, Strafrecht und Strafvollzug im modernen Rechtsstaat, ZStW 39 (1918) S. 493 ff.

FRIESENHAHN, Ernst, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DVBl 1949 S. 478 ff.

FRIESENHAHN, Ernst, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard THOMA, S. 21 f Tübingen 195o.

FUHRMANN, Hans, Die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsorgane, JR 1964 S. 218 ff.

GERLAND, Heinrich, Der deutsche Strafprozeß, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.

GERNER-DECKER-KAUFFMANN, Deutsches Richtergesetz, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

GIESE, Friedrich, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8.Aufl., Berlin 1931.

GLASER, Julius, Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, Leipzig 1883.

GÖBEL, Oswald, Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961 S. 856 ff.

GÖRCKE, Hans-Helmut, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStW 73 (1961) S. 561 ff.

GRETHLEIN, Gerhard, Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1959.

GOSSRAU, Eberhard, Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Artikel 92 GG vereinbar, NJW 1958 S. 929 ff.

GRUNAU, Theodor, Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 7o (1958) S. 125 ff., 5o1 ff.

HAAS, Diether, Landesrecht vor Bundesgerichten? - Über das Wesen der Rechtsprechung und das Gewohnheitsrecht - DVBl 1957 S. 368 ff.

HAAS-REDDING, Steuerstrafen und Finanzverwaltung, JZ 1953 S.545.

HAHN, C., Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1.Februar 1877
3.Band, 1. Abtheilung, Berlin 188o
3.Band, 2. Abtheilung, Berlin 1881
3.Band, 1. Abtheilung, 2.Auflage, Berlin 1885
3.Band, 2. Abtheilung, 2. Auflage,Berlin 1886
zitiert: Hahn, Materialien (188o bzw. 1881, 1885,1886).

HAMANN, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 2.Aufl., Darmstadt 1961.

HAMM, Die Zweiteilung im preußischen Gefängniswesen, DJZ 19o5 S. 968 ff.

HANSEN, Heinrich, Die Strafvollstreckung, in:BUMKE, Deutsches Gefängniswesen, S. 124 ff., Berlin 1928.

HARTUNG, F., Wieweit sind Maßnahmen der Gefängnisverwaltung bei Untersuchungs- und Strafgefangenen der richterlichen Aufsicht zu unterwerfen, ZStW 55 (1936) S. 222 ff.

HASSE, Vereinheitlichung der preußischen Gefängnisverwaltung, Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918 S. 1o ff.

HEINITZ, Ernst, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 7o (1958) S. 1 ff.

HELLWIG, Albert, Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1923.

HENKEL, Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968.

von HIPPEL, Robert, Einheitlichkeit des Gefängniswesens in Preußen, ZStW 39 (1918) S. 462 ff.

von HIPPEL, Robert, Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941.

von HOLTZENDORFF- von JAGEMANN, Handbuch des Gefängniswesens, 2. Band, Hamburg 1888.

JACOBI, Ludwig, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 5o (193o) S. 376 ff.

von JAGEMANN, Eugen, Zur kriminalpolitischen Ausgestaltung der Freiheitsstrafen, ZStW 34 (1913) S. 329 ff.

JAGUSCH, Heinrich, Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23 - 25 StGB), JZ 1953 S. 688 ff.

JAHRREISS, Hermann, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Mensch und Staat, S. 113 ff., Köln-Berlin 1957.

JAHRREISS, Hermann, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentag in Köln am 17.September 1949, S. 26 ff., Tübingen 1950.

JELLINEK, Walter, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Offenburg 1948.

JUNKER, Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingten Straferlaß) durch die Gerichte, ZStW 63 (1951) S. 428 ff.

KAISER, E., Die Bedeutung der §§ 23 - 30 EGGVG insbesondere für Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, NJW 1961 S. 2ooff.

KAUFMANN, Arthur, Das Schuldprinzip, in: Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, 9. Abhandlung, Heidelberg 1961.

KELSEN, Hans, Justiz und Verwaltung, Wien 1929.

KERN, Eduard, Strafverfahrensrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1967.

KERN, Eduard, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., München und Berlin 1965.

KERN, Eduard, Begriff des Gerichts, DÖV 1954 S. 675 f.

KERN, Eduard, Stellung des Rechtspflegers bei der Großen Justizreform, Rpflg. 1962 S. 197 f.

KERN-ROXIN, Strafverfahrensrecht, 9. Aufl., München 1969.

KIESOW, Wilhelm, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, Berlin 1923.

KITZINGER, Friedrich, Betrachtungen über die Freiheitsstrafe, in: Münchener Festgabe für Karl von BIRKMEYER, GA 65 (1918) S. 193 ff.

KLEIN, Alexander, Die Vorschriften über Verwaltung und Strafvollzug in den Preußischen Justizgefängnissen, 3. Aufl., Berlin 1914.

KLEIN, Ein Strafvollzugsgesetz, LeipzZ 192o S. 275 ff.

KLEIN, Die Zweiteilung in dem preußischen Gefängniswesen, GS 68 (1906) S. 213 ff.

KLINGER, Hans, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl., Göttingen 1954.

KÖHLING, Paul Ernst, Rechtsprechende und verwaltende Funktionen des Strafrichters, Diss., Münster 1969.

KÖTTGEN, Arnold, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Die Grundrechte, Band II, S. 291 ff., Berlin 1954.

KOHLRAUSCH, Eduard, Strafprozeßordnung, 24. Aufl., Berlin und Leipzig 1936.

KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961.

KORMANN, Karl, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, JbÖffR Band 7 (1913) S. 1 ff.

KREBS, Albert, Auffassungen über die Aufgaben des Strafvollzugs in Deutschland seit der Aufklärung, ZStV Jg. 11 (1962) S. 138 ff.

KRIEGSMANN, Hermann, Einführung in die Gefängniskunde, Heidelberg 1912.

von KRIES, August, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892.

KROHNE, K., Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889.

KRÜGER, Herbert, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953 S. 1369 ff.

KÜHLER, Hans, Die Gefangenen- und Entlassenenfürsorge, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 8. Band, 2. Teil, S. 513 ff.

KUSSMANN, Manfred, Der Rechtsschutz der Strafgefangenen nach den §§ 23 - 30 EGGVG, Diss., Münster 1963.

LABAND, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 3. Aufl., 1. Band, Freiburg i.B. - Leipzig 1895.

LACKNER, Karl, Das Jugendgerichtsgesetz, JZ 1953 S. 527 ff.

LACKNER, Karl, Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953 S. 428 ff.

LEFRINGHAUSEN, Eckart, Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung, Diss., Düsseldorf 1961.

LEIBHOLZ-RINCK, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln-Marienburg 1966.

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Erster Band: Einleitung und §§ 1 bis 152, 8. Aufl., Berlin 1957.

von LISZT, Franz, Gefängnisrecht, ZStW 35 (1914) S. 657.

LÜKE, Gerhard, Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, JuS 1961 S. 2o5 ff.

LÖWE-ROSENBERG, Die StPO und das GVG mit Nebengesetzen,
1. Band: Einleitung, §§ 1 bis 373 a StPO, 21. Aufl., Berlin 1963
2. Band: §§ 374 bis 474 a StPO, EGStPO, GVG, EGGVG und Nebengesetze, 21. Aufl., Berlin 1965
zitiert: Strafprozeßordnung, 1. Band (bzw. 2. Band).

MAASSEN, Hermann, Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz, MDR 1954 S. 1 ff.

von MANGOLDT, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953.

von MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl.,
Band I: Berlin und Frankfurt 1957
Band II: Berlin und Frankfurt 1964.

MAUNZ, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München 1968.

MAURACH, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1965.

MAYER, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Aufl., München und Leipzig 1924.

MAYER, Robert, Gerichtliche Entscheidung bei Strafunterbrechung, NJW 1962 S. 1429 ff.

MENGER, Chr. Friedrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 1962 S. 39o ff.

MENGER, Chr. Friedrich, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.

MESSERER, Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter", DRiZ 1954 S. 2o9 f.

MEVES, Strafvollstreckung und Kosten des Verfahrens, in: von HOLTZENDORFF, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Band, S. 467 ff., Berlin S.W. 1879.

MEYER-ANSCHÜTZ, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München und Leipzig 1919.

MITTELBACH, Hans, Die bedingte Entlassung (§ 26 StGB), JR 1956 S. 156 ff.

MITTERMEIER, Wolfgang, Gefängniskunde, Berlin und Frankfurt 1954.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet des Strafvollzugs, GA 1967 S. 65 ff.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, Berlin 1968.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, Persönlichkeitserforschung im Strafvollzug, MSchrKrim 1969 S.194 ff.

MÜLLER-DIETZ, Heinz, Strafvollzugsgesetz oder Strafvollstreckungsgesetz? in: Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzug, Festgabe für A. Krebs (Darmstadt 1969), S. 111 ff.

MÜLLER-SAX (KMR), Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, Band 1, Strafprozeßordnung, 6. Aufl., Darmstadt 1966.

NEBINGER, Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Stuttgart 1949.

NEUMANN-DUESBERG, Horst, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952 S. 7o5 ff.

OLSHAUSEN, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, 8. Aufl., Berlin 19o9.

OPPENHOFF, Friedrich, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Ausgabe, Berlin 19o1.

PETERS, Karl, Strafprozeß, 2. Aufl., Karlsruhe 1966.

PETERS, Karl, Die Aufgabe des Gerichts bei Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S.63 ff.

PETERS, Karl, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 196o.

PETERS, Karl, Strafvollzug als Verpflichtung und Aufgabe, Der Vollzugsdienst, 1964 Nr. 1, S. 2 ff.

PETTERS-PREISENDANZ, Strafgesetzbuch, 26.Aufl., Berlin 197o.

PLANCK, Julius Wilhelm, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857.

POHLMANN, Hans, Strafvollstreckungsordnung, 4.Aufl., Bielefeld 1967.

POTRYKUS, Gerhard, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 3.Aufl., Nürnberg-Düsseldorf-Berlin-Frankfurt 1954.

RADBRUCH, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl., Stuttgart 1964.

REINCKE, O., Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1906.

RÖHL, Hellmuth, Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 1954 S. 65 ff.

RÖHL, Hellmuth, Der Rechtsweg gegen Strafvollzugsmaßnahmen, NJW 1960 S. 413 ff.

ROSENFELD, Ernst-Heinrich, Der Reichs-Strafprozeß, 4. und 5. Aufl., Berlin 1912.

ROSENFELD, Ernst-Heinrich, Vereinheitlichung des preußischen Gefängniswesens, DJZ 1918 S. 111 f.

RUSCHEWEYH, Herbert, Gedanken zum Rechtsweg in Justizverwaltungsangelegenheiten, DVBl 1958 S. 686 ff.

SARSTEDT, Werner, Gebundene Staatsanwaltschaft, NJW 1964 S.1752 ff.

SAUER, Wilhelm, Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin-Detmold-Köln-München 1951.

SAUER, Wilhelm, Die Begründung der Prozeßrechtswissenschaft, ZStW 40 (1919) S. 695 ff.

SAUER, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2.Aufl., Stuttgart 1929.

SAUER, Wilhelm, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929) S. 533 ff.

SCHEUNER, Ulrich, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, DVBl 1952 S. 293 ff.

SCHMIDT, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964.

Teil II: Erläuterungen zur StPO und zum EinfG zur StPO, Göttingen 1957.

Teil III: Erläuterungen zum GVG und zum EinfG zum GVG, Göttingen 1960.

zitiert: Strafprozeßordnung, Teil I (bzw. Teil II,III).

Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (Strafprozeßordnung) Nachtragsband I (StPO), Göttingen 1967.
zitiert: Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II.

Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (Strafprozeßordnung) Nachtragsband II (StPO), Göttingen 1970.
zitiert: Strafprozeßordnung, Nachtragsband II zu Teil II.

SCHMIDT, Eberhard, Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 1957 S. 273 ff.

SCHMIDT, Eberhard, Zuchthäuser und Gefängnisse, Göttingen 1960.

SCHMIDT, Eberhard, Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, NJW 1967 S. 1929 ff.

SCHMIDT, H.W., Zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 25 Abs. II StGB, SchlHAnz 1963 S. 109 ff.

SCHMIDT-RÄNTSCH, Günther, Deutsches Richtergesetz, München und Berlin 1962.

SCHNEIDER, Peter, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, AöR 82 (1957) S. 1 ff.

SCHÖNKE-KIELWEIN, Ausländisches Strafrecht, 4. Bearbeitung, München und Berlin 1953.

SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 14. Aufl., München 1969.

SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.

SCHOLTENS, J.E., Die Rechtsprechung als Rechtsquelle, DRiZ 1959 S. 167 ff.

SCHÜLE, Adolf, Der streitentscheidende Verwaltungsakt, Stuttgart 1957.

SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst, Strafvollzug im Übergang, Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, Göttingen 1969.

SCHULTZ, Günther, Blick in die Zeit, MDR 1956 S. 75 ff.

SCHUNCK-De CLERCK, Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Siegburg und St.Goar 1952.

SCHWARZ-DREHER, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., München 1968.

SCHWARZ-KLEINKNECHT, Strafprozeßordnung, 28. Aufl., München 1969.

SCHWARZ-WESTERMANN, Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19.Oktober 1952, von: WESTERMANN, Harry: Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, AcP 152 (1952/1953) S. 445 ff.

SCHWENK, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen im Strafvollzug, Diss., Göttingen 1957.

SILBERSTEIN, Der Richter und der Strafvollzug, Der Vollzugsdienst 1960 Nr. 4, S. 1 ff.

SIMSON, Gerhard, Die bedingte Freilassung im modernen Recht, ZStW 67 (1955) S. 48 ff.

STEIN, Friedrich, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912.

STENGLEIN, M., Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3. Aufl., München 1898.

STICH, Rudolf, Einheitlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Justiz- und Vollzugsbehörden, DÖV 1960 S. 368 ff.

STOCK, Ulrich, Strafprozeßrecht, Tübingen 1952.

STUMPF, Karl, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, insbesondere die Stellung der Strafvollzugsbehörden, BlfGk Bd. 63 (1931) S. 3 ff.

STUMPF, Karl, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Besserung und Sicherung, BlfGk Bd.64 S. 3 ff.

STREE, Walter, Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, Tübingen 1960.

THIEME, Werner, Deutsches Hochschulrecht, Berlin-Köln 1956.

THOMA, Richard, Grundbegriffe und Grundsätze, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, S. 108 ff., Tübingen 1932.

TIEDEMANN, Klaus, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963.

TIEDEMANN, Klaus, Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzugs, NJW 1967 S. 87 ff.

TIETGEN, Walter, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1966 S. 1129 ff.

TRIEPEL, Heinrich, Die Reichsaufsicht- Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917.

TRÖNDLE, Herbert, Die Aufgabe des Gerichts bei Anwendung der Strafen - Unter besonderer Berücksichtigung des "Vollstreckungsgerichts" des Strafgesetzentwurfs 1962, ZStW 81 (1969) S. 84 ff.

VRIJ, M.P., Zum Problem der Strafaussetzung, ZStW 66 (1954) S. 218 ff.

WAGNER, Walter, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963 S. 8 ff.

WEBER, Werner, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951.

WEBER, Werner, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl SCHMITT, S. 253 ff., Berlin 1959.

WERNER, Fritz, Das Problem des Richterstaates, Berlin 1960.

WERTENBRUCH, Wilhelm, Gewaltenteilung und Rechtspfleger, Rpfl. 1962 S. 77 ff.

WOLFF, Hans Julius, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München und Berlin 1968.

WOLFF, Hans Julius, Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), 2. Aufl., München und Berlin 1967.

WULFFEN, Erich, Reformbestrebungen des deutschen Strafvollzugs, Dresden 1905.

WÜRTENBERGER, Thomas, Über die Rechtsnatur der Bewährungshilfe im Strafrecht, MDR 1955 S. 9 ff.

WÜRTENBERGER, Thomas, Reform des Strafvollzugs im sozialen Rechtsstaat, JZ 1967 S. 233 ff.

WÜRTENBERGER, Thomas, Der zwölfte internationale Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen im Haag 1950, ZStW 64 (1952) S. 82 ff.

1. Abschnitt: Einleitung

Die literarischen Bemühungen um eine Erfassung des dem Strafurteil nachfolgenden Bereichs der Strafrealisierung sind schon "Legion"[1]. Die Frage der Abgrenzung, Rechtsnatur und systematischen Stellung von Strafvollstreckung und Strafvollzug wurde jedoch bislang - wenn überhaupt - nur kursorisch abgehandelt.

Vornehmlich der Strafvollzug bereitete offenbar größte Schwierigkeiten, vielleicht deshalb, weil ihm als "Stiefkind der Strafrechtspflege"[2] vom Gesetzgeber nie die ihm gebührende Achtung geschenkt worden ist. Zwar fehlt es nicht an Versuchen und Ansätzen, ihn gesetzlich zu regeln, letztlich aber sind alle Bemühungen bis heute im Versuchsstadium steckengeblieben.

So wurde im Verlauf der Beratungen des Strafgesetzbuchs von 1871 eine Entschließung angenommen, in der die Aufforderung an den Bundeskanzler erging, "eine Vorlage des Bundesrates herbeizuführen, durch welche die Vollstreckung der Freiheitsstrafen gesetzlich geregelt und die Einsetzung einer Bundesbehörde angeordnet wird, welcher die oberste Aufsicht über sämtliche Angelegenheiten der Straf- und Besse-

---

1) Dieser von Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449, Rdnr. 6) a.E., gebrauchte Terminus charakterisiert wohl am besten die Unzahl der von Wagnitz (1791), zitiert bei Peters, Kriminalpädagogik, S. 45, über von Holtzendorff-Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, 2. Band (1888), 5. Buch, IV. Kapitel, §17, bis hin zu Radbruch, Einführung (1964), S. 136 f., und Würtenberger, Reform des Strafvollzugs,JZ 1967 S. 233 ff., reichenden, mit der Vollstreckung von Freiheitsstrafen befaßten Literatur; vgl. auch Krebs, Aufgaben des Strafvollzugs, ZStV Jg. 11 (1962) S. 138 ff. (139/14o).

2) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449, Rdnr. 6).

rungsanstalten obliegt"[1]. Dieser Entschließung war jedoch ebensowenig Erfolg beschieden wie dem am 19. März 1879 dem Bundesrat vorgelegten "Entwurf eines Gesetzes über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen"[2], der an finanziellen Bedenken scheiterte.
Ausgehend von dem im April 1896 dem Bundesrat vorgelegten Entwurf einer Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen kam es am 28. Oktober 1897 zu einer Vereinbarung der Bundesregierungen über die "Grundsätze, welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen"[3]. Sie enthielten in 4o Paragraphen allgemeine Richtlinien über die Unterbringung, die Haftformen, die Aufnahme und Entlassung der Gefangenen, ihre Beschwerdebefugnisse sowie sonstige, den Anstaltsablauf betreffende Regelungen wie etwa Beköstigung, Seelsorge, Unterricht, Brief- und Besuchsverkehr.

Damit aber verstummten nicht die Reformvorschläge, die darauf hinzielten, den Strafvollzug einer einheitlichen, reichsgesetzlichen Regelung zu unterstellen. Der Verein der Deutschen Strafanstaltsbeamten legte mit seinen "Vorschlägen zu einem Reichsgesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafen und sichernden Maßnahmen"[4] einen vollständigen Gesetzesentwurf vor, der gleichfalls nicht zum Erfolg führte, und die Landesregierungen

---

1) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Leg.Per., Session 187o, Band 1, Protokoll über die Sitzung vom 4. März 187o, S. 169 ff.

2) Vgl. Veröffentlichung des Amtlichen Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes (Berlin 1927),Anlage I, S. 71, wo der vorerwähnte Entwurf abgedruckt ist.

3) Zentralblatt für das Deutsche Reich, XXV.Jg., Nr. 45 vom 12. November 1897, S. 3o8 ff.

4) Vgl. BlfGefk, Band 47, Sonderheft A und B, Band 48,S. 293 ff.

vereinbarten am 7. Juni 1923 die sogenannten "Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen"[1], die eine Richtschnur bildeten für die anschließend von den Ländern erlassenen Dienst- und Vollzugsordnungen. Der zuletzt vorgelegte "Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes"[2] aus dem Jahre 1927 ist gleichfalls nie Gesetz geworden[3].
Nunmehr bereitet schon seit mehreren Jahren eine Große Kommission zur Reform des Strafvollzugs[4] den Erlaß eines Strafvollzugsgesetzes vor, und es wäre überraschend, käme sie noch in dieser Legislaturperiode zu einem konstruktiven Ergebnis[5].

Anders die Strafvollstreckung. Sie fand schon sehr früh - wenn auch in knapper Form und zudem unvollständig - eine gesetzliche Grundlage in der Strafprozeßordnung von 1877 (§§ 481 ff., heute §§449 ff.). Schon zuvor hatte das Strafgesetzbuch im § 19 eine gesetzliche Grundregel für die Berechnung von Freiheitsstrafen aufgestellt, das JGG 1923 verbot im § 45 die Vollstreckung gegen Personen, die zur Zeit der Tat noch nicht 14 Jahre alt waren, und das

---

1) RGBl. II (1923) S. 263 ff.

2) RT-Drucks. III (1924/27), Nr. 3628 vom 13. September 1927.

3) Vgl. zum Ganzen Bumke, Die Freiheitsstrafe als Problem der Gesetzgebung, in: Bumke, Gefängniswesen, S. 16 ff.

4) Eingesetzt vom Bundesminister der Justiz am 5. Oktober 1967.

5) Bezeichnend gerade für die Strafvollzugsgesetzgebung ist auch die - zwischenzeitlich wohl überholte - Mitteilung von Kühler, Die Gefangenen- und Entlassenenfürsorge, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 8 (2), S. 513 ff. (594 Fußnote 9) - unter Bezugnahme auf Schönke-Kielwein, Ausländisches Strafrecht (München und Berlin 1953) - von 54 aufgeführten Ländern besäßen 17 ein Strafvollzugsgesetz, während 37 den Strafvollzug in kleinen Einzelgesetzen, meist aber in Verwaltungsordnungen geregelt hätten.

JGG 1953 befaßt sich eingehender mit der Vollstreckung von Jugendstrafen in den §§ 82 ff. Eine nähere Ausgestaltung findet die Strafvollstreckung darüberhinaus in der - aufgrund der Justizhoheit der Länder - von den einzelnen Landesjustizverwaltungen unter dem 15. Februar 1956 erlassenen Strafvollstreckungsordnung[1].

Gleichwohl bleibt die Frage, ob eine Abgrenzung der Vollstreckung vom Vollzug der Sache nach geboten und wie die Strafrealisierung in toto systematisch einzuordnen ist, nach wie vor umstritten. Die Diskussionen, die in Preußen im Zuge der Abschaffung des Dualismus im Gefängniswesen vor 1918 geführt wurden[2], fanden - neben den politischen Erwägungen - letztlich ihre Ursachen in der mangelnden Klarheit über Standort und Rechtsnatur des Strafvollzugs[3], und die Auseinandersetzungen um die Übernahme des deutschen oder des französischen Systems der Straf-

---

1) Das Saarland erließ sie am 1o.1o.1958 mit Wirkung vom 9.1o.1958; die derzeit geltende Fassung datiert vom 1.Juni 1965 (vgl. BAnz Nr. 112,S.2); vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, Einleitung, S.15 ff.; sowie Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung,25. Aufl. (München und Berlin 1965), Anhang E 1, S. 1239; zu den früher geltenden Strafvollstreckungsordnungen vgl. Grau-Schäfer, Die Strafvollstreckung durch den preußischen Rechtspfleger, 2.Aufl. (Berlin 1931), sowie Haacke-Schäfer, Das preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 1. August 1933 (Berlin-Wien 1933).

2) Durch Allerhöchsten Erlaß vom 14. Dezember 1917 wurde bestimmt, daß die dem Ministerium des Inneren unterstehenden Zuchthäuser und Gefängnisse auf die Justizverwaltung übergehen sollten; über die Vorgeschichte der Zweiteilung im preußischen Gefängniswesen vgl. Hasse, Vereinheitlichung der preußischen Gefängnisverwaltung, Deutsche Strafrechts-Zeitung 1918 S. 1o ff.

3) Vgl. Klein, Die Zweiteilung in dem preußischen Gefängniswesen, GS 68 (19o6) S. 213 ff.(229/23o); Hamm, Die Zweiteilung im preußischen Gefängniswesen, DJZ 19o5 S. 969 ff.; Rob.v.Hippel, Einheitlichkeit des Gefängniswesens in Preußen, ZStW 39 (1918) S.462; Kitzinger, Betrachtungen über die Freiheitsstrafe, GA 65 (1918) S. 193 ff.(216 ff.).

vollstreckung in die Strafprozeßordnung[1] waren gleichfalls Folge dieser Unklarheiten. Auch der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927 sah keine klärenden Regelungen vor, so daß Sauer zu Recht von einem "unsicheren Tasten"[2] des Strafvollzugsrechts zwischen Strafprozeß und materiellem Strafrecht sprechen konnte, und noch in jüngster Zeit war der Streit um die Ausgestaltung des Rechtsschutzes des Strafgefangenen gegen ihn beschwerende Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Grunde ein Streit um Stellung und Qualifizierung des Vollzugshandelns[3].

Die Erörterung der vorliegenden Problematik ist mithin nicht nur von akademischem Interesse, sondern könnte zugleich praktische Folgerungen aufzeigen. Etwa dahingehend, daß es geraten erschiene, den Richter mehr als zuvor an Vollstreckung und Vollzug zu beteiligen oder ihn, wie es derzeit der Fall ist, weitestgehend davon auszuschließen, oder daß es gar besser und systematisch richtiger wäre, den Vollzug statt in einem gesonderten Gesetz in einem weiteren Abschnitt der Strafprozeßordnung zu regeln. Letztlich könnte es naheliegen, daß der Vollzugsleiter, wie es teilweise für die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer

---

1) Vgl. Hahn, Materialien (1885), S. 292/293 Begründung zu § 4o8.

2) Sauer, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929) S. 535.

3) Eine nähere Untersuchung dieser Frage wird sich im folgenden 2. Abschnitt anschließen.

Wahrnehmungszuständigkeit vertreten wird[1], wenn auch nicht als Richter, so doch in weiten Bereichen des Vollzugs wie ein Richter Aufgaben der Strafrechtspflege wahrnimmt. Dies wiederum führte notwendigerweise zu einer anderen Betrachtung von Stellung und Funktionsbereich des Vollzugsbediensteten.

---

1) Vgl. hierzu Eb. Schmidt, Die Rechtsstellung der Staatsanwälte, DRiZ 1957 S. 273 ff.; Sarstedt, Gebundene Staatsanwaltschaft? NJW 1964 S. 1752 ff.; Fuhrmann, Die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsorgane, JR 1964 S. 218 ff.; Wagner, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963 S. 8 ff.; Arndt, Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 1961 S. 1617, sähe in der Eingliederung der Staatsanwaltschaft in die innere Verwaltung einen "eklatanten Verfassungsverstoß"; Göbel, Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961 S. 856, hält sie für einen "integrierenden Bestandteil der Dritten Gewalt", und Görcke, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStW 73 (1961) S. 561 ff. (S.606), sieht in der staatsanwaltschaftlichen Funktion eine solche der rechtsprechenden Gewalt und hält "die aus §§ 146, 147 GVG entspringenden Einflußmöglichkeiten der Regierungsgewalt auf die Führung des Strafprozesses" für verfassungswidrig; dagegen jedoch: KMR, Strafprozeßordnung, Einleitung, Nr. 3 II a) und b), m.w.N.

2. Abschnitt: Rechtsschutz des zu Freiheitsstrafe Verurteilten gegen ihn beschwerende Anordnungen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden

A. Vorbemerkung

Will man hoheitliche Maßnahmen dieser oder jener Rechtsmaterie zuweisen und sie rechtlich qualifizieren, so vermag die Ausgestaltung des Rechtsschutzes, der dem von der Anordnung Betroffenen durch die Rechtsordnung gewährt wird, zuweilen gewichtige Hinweise auf Rechtsnatur und systematische Stellung der jeweiligen Materie zu geben.
Zwar sollte der Einwand, es sei methodisch verfehlt, aus einer Rechtsbehelfsregelung - diese im untechnischen Sinne verstanden als Möglichkeit, einen belastenden Hoheitsakt gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen - Schlüsse zu ziehen auf Rechtsnatur und systematischen Standort einer Entscheidung[1], nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden. Denn grundsätzlich wird man von der zugrundeliegenden Maßnahme selbst ausgehen müssen.

Angesichts der Vielfalt der in Rechtsprechung und Literatur erörterten Möglichkeiten kann jedoch der Rechtsbehelfsregelung im Rahmen von Strafvollstreckung und Strafvollzug, will man hieraus schon keine verbindlichen Schlüsse ziehen, zumindest indizielle Wirkung beigemessen werden.

Es sei in diesem Zusammenhang an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[2] erinnert, in der eine erkennungsdienstliche Maßnahme der Polizei nach § 81 b StPO als "Verwaltungsakt auf dem Gebiete des

---

1) Vgl. Lüke, Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, JuS 1961 S. 2o5 ff. (2o8, linke Spalte).

2) BverwG NJW 1956 S. 234/235.

Strafprozesses" qualifiziert wurde, gegen den der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 25 Abs. I Satz 2 MRVO 165 unzulässig sei. Dabei stellte das Gericht entscheidend auf die "räumliche(n) Einordnung dieser Materie in die StPO"[1] sowie auf deren "enge(n) Verknüpfung mit dem Strafverfahren selbst"[1] ab und sah nicht zuletzt in der rechtssystematischen Stellung des § 81 b StPO ein entscheidendes Indiz "für die Zugehörigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung zum Gebiet des Strafprozesses"[1]. Aus den gleichen Gründen hielt es das Sicherungsverfahren der §§ 429 a ff StPO für ein solches "auf dem Gebiet des Strafprozesses"[1], obwohl es vorbeugend der Sicherung der Allgemeinheit dient und sich mit der entsprechenden Tätigkeit der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet des Gesundheitswesens überschneidet.

Des weiteren hat eine nicht unerhebliche Literaturmeinung[2] zum Beispiel aus der Beschwerderegelung in § 11 der 1. DVO zum Ehegesetz Schlüsse auf die Rechtsnatur der zugrundeliegenden erstinstanzlichen Entscheidung gezogen[3].

Unter diesem Gesichtspunkt sollen im folgenden Kapitel die Rechtsschutzmöglichkeiten des rechtskräftig Verurteilten gegen ihn beschwerende Anordnungen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden von der Schaffung des Grundgesetzes an bis zur Einführung der §§ 23-3o EGGVG untersucht werden.

---

1) BverwG NJW 1956 S. 235; vgl. aber BverwG E 11 S. 181 ff. (182).

2) Nachweise bei Lüke, Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, JuS 1961 S. 2o7/2o8, Fußnote 22, 23.

3) Vgl. zum Ganzen Lüke, a.a.O., S. 2o7 II; die §§ 1-12 der 1. DVO zum Ehegesetz wurden aufgehoben mit Wirkung vom 1. Januar 1962 durch Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961 (BGBl. I S. 1221).

B. Rechtsschutz des Verurteilten seit Inkrafttreten des Grundgesetzes und vor Einführung der §§ 23-3o EGGVG

I.1. Der Erste Abschnitt des Siebenten Buches der Strafprozeßordnung trägt die Überschrift: "Strafvollstreckung". Er umfaßt die §§ 449 bis 463 b und regelt unter anderem die Anrechnung der Untersuchungshaft, Nachtragsentscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung, Anordnungen, die die bedingte Entlassung, den Aufschub der Vollstreckung aus besonderen Gründen oder die Reihenfolge der Vollstreckung betreffen; weiterhin, und das ist hier von Interesse, die Möglichkeit gerichtlicher Entscheidung bei Zweifeln über die Urteilsauslegung oder die Strafzeitberechnung, sowie bei Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung und gegen Anordnungen der Vollstreckungsbehörde gemäß §§ 455,456,456 c Abs. II StPO. Sie werden vom Gericht des ersten Rechtszuges ohne mündliche Verhandlung getroffen, wobei zuvor der Staatsanwaltschaft und dem Verurteilten Gelegenheit zur Antragstellung und -begründung zu geben ist.
Die Einordnung dieser Materie in den Rahmen der Strafprozeßordnung legt die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber die Strafvollstreckung, jedenfalls soweit sie hier geregelt ist, noch als Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne angesehen haben mag.
Eine Parallele zum Zivilprozeß stärkt diese Vermutung. Er wird unstreitig verstanden als das staatlich geregelte und von den Gerichten durchzuführende Verfahren zur Feststellung u n d Durchsetzung der

privatrechtlichen Rechte des Einzelnen[1], und auch hier sind die Vollstreckungsvorschriften als 8. Buch (§§ 7o4 ff. ZPO) Gegenstand der Prozeßordnung.

2. Über den in der Strafprozeßordnung normierten Rechtsschutz hinaus gewährt § 21 StVollstrO dem Betroffenen ein Recht zur Beschwerde gegen Maßnahmen oder Entscheidungen der Vollstreckungsbehörde, soweit nicht schon eine gerichtliche Zuständigkeit nach den §§ 458,462,463 StPO begründet ist. Es handelt sich hierbei um Entscheidungen im Dienstaufsichtswege, gegen die die weitere Dienstaufsichtsbeschwerde möglich ist und bei deren Erfolglosigkeit die Entscheidung des Gerichts gemäß §§ 23 ff. EGGVG herbeigeführt werden kann[2].

Hat demnach der Betroffene die Möglichkeit, sich etwa gegen die Unterbrechung der Strafvollstreckung (§ 45 StVollstrO), gegen die Ladung zum Strafantritt (§ 27 StVollstrO) oder die Anordnung des Wochenendvollzugs (§ 32 StVollstrO) im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde zur Wehr zu setzen und steht ihm bei Erfolglosigkeit noch der Weg zum Oberlandesgericht nach § 23 ff. EGGVG offen, so kann hieraus geschlossen werden, daß der Gesetz- und Verordnungsgeber diese Maßnahmen als Verwaltungsanordnungen angesehen hat. Denn einmal wird im Dienstaufsichtswege grundsätzlich über Verwaltungsanordnungen entschieden und zum anderen setzt § 23 EGGVG das Vorliegen eines Justiz-"verwaltungsaktes" voraus[3].

---

1) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. (München und Berlin 1961), § 1 Anm. III 4); Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. (München 1969), § 1 Anm. II; das Bundesverwaltungsgericht hebt ausdrücklich hervor, zum Zivilprozeß gehöre auch das "Verwirklichungsverfahren", in dem, wie das Beispiel des Gerichtsvollziehers zeige, nicht nur "Rechtsprechungsorgane" tätig seien, BverwG JZ 1958 S. 626, rechte Spalte.

2) Vgl. hierzu Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 21 Anm. I 1 a.E.

3) Näheres hierüber vgl. Kapitel C, S. 25 ff.

3. Die Rechtsschutzregelung im Rahmen der Strafvollstreckung läßt mithin für die vorliegende Fragestellung zweierlei Schlußfolgerungen zu: Dadurch, daß der Gesetzgeber das bei der Strafvollstreckung zu beachtende Verfahren in knapper Form in der Strafprozeßordnung geregelt hat, könnte er zum Ausdruck gebracht haben, diese rechtssystematisch als Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne anzusehen. Weiterhin könnte aus der Tatsache, daß der Großteil der im Rahmen der Vollstreckung ergehenden Entscheidungen in einer Verwaltungsanordnung, der Strafvollstreckungsordnung, geregelt ist und der hiergegen gewährte Rechtsschutz vornehmlich im Dienstaufsichtswege abgewickelt wird, zu ersehen sein, daß die Vollstreckungsmaßnahmen materiell verwaltender Natur sind. Zwingende Schlüsse auf Rechtsnatur und systematische Stellung der Vollstreckung sollten aus der vorliegenden Regelung jedoch nicht gezogen werden.

II.1. Der Strafvollzug entbehrt nach wie vor eines eigenen Vollzugsgesetzes. Bis zur bundeseinheitlichen Regelung von 1961 galten in den einzelnen Bundesländern noch die im wesentlichen auf den Reichsratsgrundsätzen vom 7. Juni 1923 - vordem die Bundesratsgrundsätze vom 28. Oktober 1897 - und der späteren Kontrollratsdirektive Nr. 19 vom 12. November 1945[1] beruhenden landesrechtlichen Dienst- und Vollzugsordnungen. Sie enthielten mehr oder minder ins einzelne gehende Regelungen über Rechte und Pflichten des Gefangenen einerseits, des

---

1) Amtsblatt des Kontrollrats, S. 46; vgl. Krebs, Zur Erneuerung des Gefängniswesens, SJZ 1946 S. 2o9 ff.

Staates und damit der Anstaltsleitung andererseits. Gegen "Maßnahmen des Strafvollzugs"[1] bzw. gegen "Verfügungen des Anstaltsleiters"[2] war dem Gefangenen das Recht der Beschwerde eingeräumt, die er innerhalb bestimmter Fristen einlegen mußte[3]. Nur wenige Länder sahen die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde vor, Bayern lehnte sie ausdrücklich ab[4]. Einen weitergehenden Schutz gegen Anordnungen im Rahmen des Strafvollzugs sahen die Vollzugsordnungen nicht vor.

Dies änderte sich im wesentlichen auch nicht, als mit Wirkung vom 1. Juli 1962 der vom Strafvollzugsausschuß der Länder vorgelegte Entwurf einer Dienst- und Vollzugsordnung in kraft trat[5]. Die nunmehr geltende Dienst- und Vollzugsordnung sieht in Nr. 194 Abs. II eine Beschwerde des Gefangenen im Dienstaufsichtswege gegen die Entscheidungen des Anstaltsleiters vor, über die, sofern ihr der Anstalts-

---

1) So in Baden-Württemberg (§ 159 Abs.I) und in Bayern (§ 19o Abs. I).

2) § 196 Abs. I der übrigen Bundesländer.

3) 2-Wochen-Frist in Baden-Württemberg (§159 Abs.IV), Bayern (§ 19o Abs. II S.1),Bremen (§16o Abs.V S.2) und Hessen (§ 161 Abs. II S.1); eine Frist von einer Woche in den übrigen Bundesländern (§196 Abs. II Dienst- und Vollzugsordnung dieser Länder).

4) Vgl. einerseits Baden-Württemberg (§ 162 Abs. I), Bremen (§ 163 Abs. I), Hessen (§ 161 Abs. III), andererseits Bayern (§ 192 Abs. III).

5) Er war von der 29. Justizministerkonferenz am 27. 11.1961 gebilligt und in den einzelnen Bundesländern unter dem 1.12.1961 eingeführt worden. Mit Inkrafttreten des Entwurfs am 1.7.1962 traten die bisher geltenden Strafvollzugsordnungen der Länder außer kraft. Zur Frage, ob es sich bei der Dienst- und Vollzugsordnung um eine bloße Verwaltungsanordnung oder um eine Sonderverordnung mit Rechtssatzcharakter handelt, vgl. OLG Hamm, NJW 1961, S. 693; Depenbrock, Dienst- und Vollzugsordnungen, NJW 1963 S. 9o f.; Baumann, Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1.12.61, in:Streitschriften,S. 158 ff. (166 ff.), sowie Tiedemann, Normative Grundlage, NJW 1967 S. 87 ff., und Schüler-Springorum, Strafvollzug im Übergang,Göttingen 1969, S. 7o ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

leiter nicht selbst abhilft, die Aufsichtsbehörde entscheidet (Nr. 195 DVollzO).

2. Daß ein derartiger "Rechtsschutz" des Strafgefangenen als höchst unbefriedigend angesehen wurde, vor allem zu der Zeit, da die Vorschriften der §§ 23 ff. EGGVG noch nicht galten, ist offenkundig. Demzufolge bemühten sich Literatur und Rechtsprechung um einen weitergehenden Schutz des Gefangenen, vor allem darum, ihn beschwerende Maßnahmen richterlicher Kontrolle zu unterwerfen. Die im Hinblick darauf vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten zeigen aber, wie verschiedenartig die Auffassungen über Wesen und Stellung des Strafvollzugs waren.

a. So wurde vor Erlaß der §§ 23 ff. EGGVG die Auffassung vertreten, unter den Begriff der "Zulässigkeit der Strafvollstreckung" im Sinne des § 458 StPO falle auch die Zulässigkeit der im Einzelfall angewandten Vollstreckungsmaßnahme im weitesten Sinne, "nämlich einschließlich von Maßnahmen des Vollzugs"[1]. Damit sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dem für Vollstreckungsentscheidungen nach §§ 458, 462 StPO zuständigen Gericht auch solche Entscheidungen zu übertragen, die den Strafvollzug betrafen.

Hierin zeigt sich nicht allein das Bestreben, dem Gefangenen einen größeren Rechtsschutz zuteil werden zu lassen, sondern auch die Erwägung, Vollzugsmaßnahmen wenn schon nicht den Vollstreckungshandlungen gleichzustellen, so doch diesen gleichzubehan-

---

1) KMR, Strafprozeßordnung, 4. Aufl. (Darmstadt 1958), § 458 Anm. 4; ähnlich, wenn auch nicht so weitgehend, Schäfer in Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2o. Aufl. (Berlin 1958), 1. Band, Vorb. vor § 449 Anm. 3 d.

deln. Es erhellt zugleich, daß Strafvollstreckungs- und Vollzugsrecht als eine Einheit gesehen wurde[1], die einer gemeinsamen Regelung innerhalb des Verfahrensrechts grundsätzlich zugänglich sei.

Allein die herrschende Lehre folgte dieser Ansicht nicht. Die Zuständigkeit des Strafrichters für Klagen des Gefangenen, so meinte Schultz[2], sei "ein wenig schönes Ergebnis", denn solche Klagen "passen nicht recht in die Verfahrensordnungen". Für ihn liege das Schwergewicht in verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Fragen. Demgegenüber vertraten Dallinger-Lackner[3] die Ansicht, soweit Artikel 19 Abs. IV GG auch gegenüber "Verwaltungsakten des Vollzugs" einen Rechtsweg eröffne, dürften gerade nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Strafgerichte zuständig sein. Erbs[4] und Schwarz[5] wiederum glaubten, Einwendungen gegen den Strafvollzug könnten nicht nach § 458 StPO, sondern "nur im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde" vorgebracht werden, und Röhl[6], der sich eingehend mit dem Rechtsschutz des Gefangenen auseinandersetzte, hielt den Rechtsweg des Artikels 19 Abs. IV GG, also den ordentlichen Rechtsweg, gegen Strafvollzugsmaßnahmen für gegeben[7]. Dabei betonte

---

1) So ausdrücklich KMR, a.a.O., Vorb. vor §449,Anm.2.

2) Schultz, Blick in die Zeit, MDR 1956, S.75 ff.(77).

3) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz (München und Berlin 1955), § 9o Rdnr. 33 a.E.

4) Erbs, Strafprozeßordnung, § 458 Anm. I a.E.

5) Schwarz, Strafprozeßordnung, 21. Auflage (München und Berlin 1959),§ 458 Anm. 1 A.

6) Röhl, Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 1954 S. 65 ff.

7) Röhl, a.a.O.,S. 69,linke Spalte.

er, es seien mehr praktische als systematische Bedenken gewesen, die ihn zur Verneinung der Zulässigkeit des Verwaltungswegs veranlaßt hätten. Der Strafvollzug gehöre nämlich in den Bereich der Verwaltung, nicht der Rechtspflege, und nur die bessere Sachkenntnis des Strafrichters lasse die von ihm vorgeschlagene Lösung nicht sachfremd erscheinen[1]. Dennoch hat auch Röhl, worauf Eb. Schmidt[2] zu Recht hinwies, nicht aufzeigen können, wie die für den Ersatzrechtsweg in Betracht kommenden Maßnahmen zu bestimmen seien.

Es ist zu ersehen, daß die herrschende Meinung sich scheute, den Rechtsbehelf gegen Maßnahmen im Strafvollzug einer prozessualen Regelung zu unterstellen. Man ging davon aus, die Strafprozeßordnung könne nur das "Ob" des staatlichen Eingriffs, nicht aber das "Wie", die Ausgestaltung im einzelnen, regeln. Wäre man bereit gewesen, den Vollzug als Teil der Vollstreckung und damit gewissermaßen auch als Teil des Verfahrens anzusehen, eine Einordnung des Vollzugshandelns in die Vollstreckungsregelung der Strafprozeßordnung hätte weniger Bedenken bereitet. Offensichtlich war die Lehre aber nicht bereit, diesen Schritt zu vollziehen.

b. Die Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, zu diesem Problemkreis kaum Stellung nehmen müssen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof[3] ließ die Frage der analogen Anwendbarkeit strafprozessualer Vorschriften auf Vollzugsanordnungen ausdrücklich offen

---

1) Röhl, Der Rechtsschutz des Gefangenen, JZ 1954 S. 65 ff. (69 linke Spalte).

2) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Teil II, Vorb. vor § 449 Rdnr. 15 a.E.

3) BayVerfGH, VerwRspr 1o (1957) Nr. 81, S. 27o.

und hielt es gerade im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage für unzumutbar, vom Beschwerdeführer die Herbeiführung einer vorherigen Rechtskontrolle gemäß § 48 Abs. II VerfGHG zu verlangen. Er ließ die Verfassungsbeschwerde eines Strafgefangenen auch ohne Vorschaltung der sonst obligatorischen Rechtskontrolle - eine solche hätten gerade die §§ 458, 462 StPO ermöglicht - zu.

Das OLG Hamm[1] differenzierte in Anlehnung an einen Beschluß des OLG Düsseldorf[2] und die Ausführungen bei Schäfer[3] zwischen Einwendungen, die sich gegen die Zulässigkeit der angewendeten Vollzugsmaßnahme schlechthin und denjenigen, die sich gegen die im Einzelfall ergangenen Vollzugsakte richteten. Wenn etwa an einem Gefangenen Zuchthaus- statt Gefängnisstrafe vollzogen werde, so betreffe seine dagegen gerichtete Beschwerde im Ergebnis die Zulässigkeit der Vollstreckung selbst, so daß die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 458, 462 StPO gerechtfertigt sei. Verlange er jedoch die richterliche Nachprüfung solcher Anordnungen, die von der Anstaltsleitung im Rahmen des Vollzugs getroffen würden, wie die Versagung gewisser Vergünstigungen oder die Zuteilung einer bestimmten Arbeit, so sei dies nach § 458 StPO nicht mehr zulässig. Dadurch würde der Strafrichter mit Aufgaben befaßt werden, die über das hinausgingen, was ihm durch die Vorschriften der Strafprozeßordnung im Rahmen der Strafvollstreckung aufgegeben sei.

---

1) OLG Hamm NJW 1959 S. 1889.

2) Beschluß des OLG Düsseldorf vom 19. März 1956, zit. bei OLG Hamm NJW 1959 S. 189o.

3) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2o.Aufl. (Berlin 1958), 1. Band, Vorb. vor § 449 Anm. 3 d.

c. Hier zeigt sich, daß man im Grunde zu einer Notlösung griff, dem Gefangenen wenigstens in beschränktem Maße größeren Rechtsschutz angedeihen zu lassen. Denn letztlich handelt es sich bei beiden Maßnahmen um solche des Vollzugs, die bei strenger Durchführung des auch vom OLG Hamm vertretenen Grundsatzes, die §§ 458, 462 StPO hierauf nicht anzuwenden, keiner richterlichen Nachprüfung zugänglich waren. Die Entscheidung zeigt weiter, daß die Rechtsprechung wohl bereit war, die Vollstreckung als eine in der Strafprozeßordnung geregelte Materie systematisch dem Verfahren und damit dem richterlichen Funktionsbereich zuzuweisen, nicht aber den außerhalb der Vollstreckung liegenden, vom Verfahrensrecht nicht erfaßten Bereich des Vollzugs.

3. Man hätte nunmehr daran denken können, Anordnungen und Entscheidungen der Vollzugsbehörden als Verwaltungsakte zu qualifizieren, um sie einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

a. Dem standen jedoch teilweise gesetzliche Bestimmungen entgegen wie etwa § 25 Abs. I S. 2 MRVO 165[1], der eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfbarkeit von "Verwaltungsakte(n) auf dem Gebiete ... des Strafprozesses einschließlich des Strafvollzugs" ausschloß[2]. Der Verordnungsgeber sah

---

1) Verordnung Nr. 165 - Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone - vom 15. September 1948 (Amtsblatt der Militär-Regierung 1948, S. 799; VOBl. Brit.Zone 1948, S. 63); zu den gesetzlichen Grundlagen des Verwaltungsverfahrens in den einzelnen Bundesländern vgl. Menger, System, S. 3 ff.

2) Allenfalls über Art. 61 Hamb. Verfassung - inhaltlich übereinstimmend mit Art. 41 Abs. II Niedersächs. Verfassung - hätte auch für Vollzugsakte der Verwaltungsrechtsweg begründet werden können. Er lautete: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Verwaltungsrechtsweg offen, soweit ein anderer Rechtsweg nicht gegeben ist".

offensichtlich das Vollzugsgeschehen als Verwaltungshandeln an, versagte ihm aber die verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Sodann fällt auf, daß der Strafvollzug mit zum Strafprozeß gerechnet wird, anders läßt sich die Wortfassung "einschließlich" des Strafvollzugs kaum deuten.
Trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift meinte Klinger, es könne sich in Abs. I Satz 2 nur um Verwaltungsakte handeln, "die in Ausübung der Gerichtsbarkeit erlassen werden"[1], wozu er konsequenterweise auch solche des Vollzugs rechnen mußte. Denn als Verwaltungsakte der Justizverwaltung konnte er sie schon deshalb nicht ansehen, weil er diese ausdrücklich dem Abs. I Satz 1 des § 25 MRVO 165 zuwies und hiervon der Vollzug gerade durch Satz 2 ausgenommen war.

Die Rechtslage in den Ländern der - ehemals - amerikanischen Zone brachte gleichfalls keine Klarheit. Hier fehlte eine positive Ausschlußbestimmung für den Strafvollzug, § 22 (süddt.) VGG sprach lediglich von "Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von sonstigen Verwaltungsakten".
In der Kommentierung von Eyermann-Fröhler heißt es, der Strafvollzug gehöre zu den Akten der Justizverwaltung, da das Merkmal richterlicher Unabhängigkeit fehle[2]. Gegenüber derartigen Maßnahmen sei aber, da "echte Verwaltungsakte", die Anfechtungsklage zulässig, soweit nicht kraft Gesetzes ein anderes Verfahren eingerichtet sei. Da aber für den Strafvollzug kein anderer Rechtsweg bestand, hätten Eyermann-Fröhler ihn zwangsläufig verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterwerfen müssen. Hierüber schwiegen sie sich jedoch aus.

---

1) Klinger, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, § 25 Anm. C, S. 196.

2) Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, § 22 Anm. A I 1 a) bb), S. 68.

Depenbrock wiederum lehnte den Verwaltungsrechtsweg gegen Vollzugsakte ab und hielt es im Hinblick auf den Wortlaut des § 37 Nr. 3 (süddt.) VGG, wonach die Anfechtungsklage gegen Anordnungen der Gerichte ausgeschlossen war, für bedenkenfrei, Entscheidungen der Vollzugsbehörden als "Anordnungen der Gerichte" anzusehen. Die Vollzugsbehörden gehörten zur "Gehilfenschaft der Gerichte" und als solche seien sie Organe der Strafrechtspflege, ungeachtet dessen, ob die Akte der Rechtspflege dogmatisch zur Rechtsprechung oder zur Verwaltung zu rechnen seien[1].

Im Bereich des rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsgesetzes war die Rechtslage ähnlich. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von "Anordnungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden und sonstige(n) Verwaltungsakte(n)" bestimmte sich nach § 15 VGG, wobei ebenfalls keine gesonderte Erwähnung des Strafvollzugs erfolgte.
Schunck-De Clerck trugen zur Klärung der Rechtslage wohl kaum bei, wenn sie in ihrer Kommentierung zum VGG feststellten, Maßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung seien Justizakte, nicht Verwaltungsakte, und demzufolge nicht verwaltungsgerichtlich anfechtbar; sie hätten jedoch "die Wirkung von Verwaltungsakten"[2]. Anordnungen im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse, wie die "Zugehörigkeit zu einer Strafanstalt" sie ergäbe, hätten jedoch den Charakter von Verwaltungsakten, da lediglich eine Steigerung des allgemeinen hoheitlichen Über- und Unterordnungsverhältnisses vorliege[3]. Dabei deutete die vorangegangene Verweisung des Kommentars auf die Be-

---

1) Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 177/178.

2) Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 15 Anm. II 3 a) cc), S. 64.

3) Schunck-De Clerck, a.a.O., § 15 Anm. II 3 a) ff), S. 65.

stimmung des § 25 Abs. I S. 2 MRVO 165[1] darauf hin, daß auch Schunck-De Clerck Strafvollzugsmaßnahmen vom verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ausnehmen wollten[2].

b. Dieser kurze Abriß mag klargelegt haben, daß das "unsichere Tasten des Strafvollzugs", von dem Sauer[3] gesprochen hatte, noch immer nicht überwunden war. Einerseits wurde anerkannt, daß es sich bei den Strafvollzugsakten um verwaltende Maßnahmen handelte, zum anderen entzog man sie jedoch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Dann wiederum findet sich ein Hinweis darauf, den Strafvollzug als Teil des Strafverfahrens anzusehen, und nicht zuletzt wird die Ansicht vertreten, es handele sich bei den Vollzugsakten wenn schon nicht um Akte der Rechtsprechung im engeren Sinne, so doch um solche, die den "Anordnungen der Gerichte" gleichzuachten seien. Jedenfalls wurde überwiegend ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz versagt, so daß es nahelag, nunmehr auf die Vorschrift des Artikels 19 Abs. IV GG zurückzugreifen, um hierüber eine richterliche Zuständigkeit zu begründen.

4.a. Dabei stellte sich jedoch die Frage, ob Artikel 19 Abs. IV GG auf das besondere Gewaltverhältnis, in einem solchen befindet sich der Strafgefangene

---

1) Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 15 Anm. II 3 a) cc), S. 64 Mitte.

2) Vielleicht hatten die Verfasser beabsichtigt, einen Unterschied zwischen Anordnungen im "Grundverhältnis" - anfechtbar - und solchen im "Betriebsverhältnis" - unanfechtbar - herauszustellen.

3) Sauer, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929), S. 533 ff. (535).

unbestrittenermaßen[1], Anwendung finden könne. Zwar bejahte die herrschende Lehre[2] die Anwendbarkeit des Artikels 19 Abs. IV im besonderen Gewaltverhältnis, es waren aber Stimmen laut geworden, die gerade für das Strafgefangenenverhältnis zur Vorsicht mahnten. Das OLG Schleswig[3] meinte, jeder Eingriff von außen müsse zu einer Gefährdung der Anstaltsordnung führen, und Grunau gab zu bedenken, man dürfe den Rechtsweg nicht zum "Triumph von Querulanten"[4] werden lassen. Hartung hatte schon lange vor Schaffung des Artikels 19 Abs. IV GG den Gedanken, die Gefängnisverwaltung durch den Richter überwachen zu lassen, schärfstens abgelehnt, da der Richter kraft seines Amtes über Art und Maß der Freiheitsentziehung hinaus nichts mit dem Vollzug zu schaffen habe[5], und von Jagemann[6] hatte geglaubt,

---

1) Vgl. Freudenthal, Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, ZStW 32 (1911) S. 222ff.; Fleiner, Institutionen, § 12 Anm. I 2, S. 165 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 11, 1 a.E., S. 198/199; Wolff, Verwaltungsrecht I, §32 IV, S. 184/185; Beier, Die rechtliche Stellung des Gefangenen, Diss. Hamburg 195o; Schwenk, Rechtsstellung des Strafgefangenen, Diss. Göttingen 1957, S. 38 ff.; Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 49 ff.; Schüler-Springorum, Strafvollzug im Übergang, S. 4o ff. m.w.N.

2) Vgl. Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 19,S.16/17; Hamann, Das Grundgesetz (Berlin, Neuwied,Darmstadt 1956), Art. 19 Anm. 11; Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis,NJW 1953 S. 1369 ff.; Tietgen, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956 S. 1129 ff.; a.A. Friesenhahn, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, DVBl 1949 S. 478 ff. (481), und von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, (Berlin und Frankfurt 1953), Art. 19 Anm. 6, S. 123; diese Ansicht ist aufgegeben von Klein in: Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Band I, Vorb., S. 134 ff.

3) OLG Schleswig SchlHAnz. 1951 S. 91.

4) Grunau, Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 7o (1958) S. 125 ff. (136).

5) Hartung, Maßnahmen der Gefängnisverwaltung, ZStW 55 (1936) S. 222 ff. (225).

6) v. Jagemann, Ausgestaltung der Freiheitsstrafen, ZStW 34 (1913) S. 329 ff. (347).

nichts wirke schädlicher im Strafvollzug, als den Gefangenen mit vielen Rechtsbehelfen auszustatten und der "ruhigen Straferziehung" Abbruch durch "stete Prozeßmöglichkeiten" zu geben. Dupréel vertrat - im Hinblick auf die Rechtslage in Belgien - die Ansicht, die Tätigkeit der Vollzugsbehörden könne sich nicht in einem Klima entwickeln, das infolge richterlicher Kontrolle zu einem "lähmenden Formalismus" führe und die Gefangenen "in rechthaberische und rachelustige Rebellen" verwandele[1].

b. Einer näheren Erörterung bedarf das Problem an dieser Stelle jedoch nicht, da lediglich untersucht werden soll, welche Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt wurden und welche Schlüsse sich von hier aus auf Stellung und Rechtsnatur des Vollzugshandelns ziehen lassen.

In einer frühen Entscheidung gingen weder das Landes- noch das Oberverwaltungsgericht Hamburg auf die Frage nach der Rechtsnatur der zugrundeliegenden, von dem Beschwerdeführer angefochtenen Strafvollzugsmaßnahmen ein. Der Strafgefangene hatte einmal auf Vorführung vor einem anderen als dem Gefängnisarzt, ein andermal gegen die Verlegung in eine ihm nicht genehme Anstalt geklagt. Gestützt auf die verwaltungsgerichtliche Ersatzzuständigkeit des Artikels 61 Hamb. Verfassung bejahten beide Gerichte ihre Zuständigkeit, da es sich bei dieser Vorschrift um eine rechtsgültige Ergänzung von Artikel 19 Abs. IV GG handele[2]. Die Klagen wurden nur deshalb zurückgewiesen, weil der Kläger nicht schlüssig behauptet hatte, in seinen Rechten verletzt zu sein.

---

1) Zitiert bei Tiedemann, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, S. 184, Fußnote 23.

2) Vgl. LVG Hamburg MDR 1955 S. 127, Nr. 126; OVG Hamburg DVBl 1956 S. 658.

Ein Wandel bahnte sich aber schon wenig später an, als das OVG Hamburg[1] seine Zuständigkeit zur Entscheidung über Strafvollzugsfragen nicht mehr auf Art. 61 Hamb. Verfassung gründete, sondern diese Frage ausdrücklich offenließ. Es zog nunmehr in Erwägung, ob es nicht geboten sein sollte, für Strafvollzugsangelegenheiten als anderen Rechtsweg "kraft Sachzusammenhangs" die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, speziell der Strafgerichte, zu begründen. Einen Sachzusammenhang glaubte das Gericht mit der in §§ 458, 462 StPO vorgesehenen Regelung des Rechtszuges für Streitigkeiten auf dem Gebiete der Strafvollstreckung zu erkennen. Letztlich konnte aber auch hier noch die Frage der Zuständigkeit offenbleiben, da die Klage aus anderen Gründen unzulässig war.
Das OLG Bremen endlich bejahte die Zuständigkeit der Strafgerichte für Vollzugsangelegenheiten mit der Begründung, die Fragen des Strafvollzugs stünden mit denen der Strafvollstreckung "in einem gewissen inneren Zusammenhang"[2] und demzufolge seien die Vorschriften der §§ 458, 462 StPO analog heranzuziehen.

Von ähnlichen Erwägungen ließ sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Feststellung leiten, für Strafvollzugsangelegenheiten komme "nach Lage der Sache"[3] nur ein Strafgericht in Betracht, wobei es die Entscheidungszuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszuges, nicht die des Oberlandesgerichts- wie es der Gesetzgeber später wollte (§ 25 EGGVG) - als sachgemäß ansah.

---

1) OVG Hamburg VerwRspr. 1o (1958) Nr. 4, S.1o/11.
2) OLG Bremen NJW 1959 S. 2177, linke Spalte.
3) BverwG MDR 196o S. 249, rechte Spalte.

III. Es hat sich gezeigt, daß der Rechtsschutz des zu Freiheitsstrafe Verurteilten vor Schaffung der §§ 23-3o EGGVG teilweise sehr unzulänglich ausgestaltet war.
Die im Rahmen der Strafvollstreckung getroffenen Entscheidungen konnten mit der Beschwerde gemäß § 21 StVollstrO angefochten oder/ und der gerichtlichen Kontrolle nach §§ 458, 462 StPO unterstellt werden. Ihre Regelung innerhalb der Prozeßordnung läßt die Vollstreckung als letzten, abschließenden Teil des Verfahrens erscheinen. Die Anfechtungsmöglichkeit bestimmter Vollstreckungsanordnungen mit der Dienstaufsichtsbeschwerde, nicht mit der Beschwerde nach § 3o4 StPO, läßt den Schluß zu, daß der Gesetzgeber die Vollstreckung aber nicht mehr als eigentliche Prozeßtätigkeit, sondern als eine außerhalb des Verfahrens im engeren Sinne stehende Materie angesehen hat. Daß die Vollstreckung der Staatsanwaltschaft, jedenfalls grundsätzlich, zugewiesen war, ist auch Indiz dafür, daß es sich hier nicht mehr um rein richterliche Tätigkeit handelte.

Der Gefangene im Strafvollzug konnte die gegen ihn ergriffenen Maßnahmen lediglich mit der Dienstaufsichtsbeschwerde anfechten. Literatur und Rechtsprechung befürworteten in Erkenntnis des unbefriedigenden Zustandes die Möglichkeit gerichtlicher Nachprüfung, doch zeigt sich in dem hier einsetzenden Meinungsstreit das gegensätzliche Verständnis von Stellung und Rechtsnatur des Vollzugs. Wurde einerseits vertreten, Vollzugsakte seien den Anordnungen der Gerichte bedenkenfrei gleichzuachten, so hieß es andererseits, derartige Klagen paßten nicht recht in eine Verfahrensordnung. Meinte man dann wiederum, innerhalb des Strafvollzugs ergingen Verwaltungsakte, so wurde doch überwiegend eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle derselben abgelehnt. Vertrat ein Teil der Lehre die Ansicht,

über den Ersatzrechtsweg des Artikels 19 Abs. IV GG sei die Zuständigkeit des Strafgerichts zu begründen, so wehrte man sich gleichwohl dagegen, nunmehr die §§ 458, 462 StPO entsprechend heranzuziehen. Wiederholt aber findet sich der Hinweis auf den inneren Zusammenhang zwischen Vollstreckung und Vollzug und dessen Nähe zum Verfahren.

C. Die Neuregelung in den §§ 23 bis 3o EGGVG

I. Somit hätte es nahegelegen, in dem neu zu schaffenden Gesetz, das den Rechtsweg gegen Vollzugsakte näher ausgestalten sollte, dem Meinungsstreit durch eine klare gesetzgeberische Lösung ein Ende zu bereiten. Doch ein Blick auf Entstehungsgeschichte und Verfahrensregelung der §§ 23-3o EGGVG zeigt, daß auch der Gesetzgeber im Laufe der Beratungen und mit dem abschließenden Gesetzeswerk keine rechte Zuordnung des Strafvollzugs zu finden vermochte.

Durch § 179 der ebenfalls neu geschaffenen Verwaltungsgerichtsordnung[1] wurden die §§ 23 bis 3o dem Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz angefügt. Weder der Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung[2] noch die ersten im Bundestag eingebrachten Vorlagen der Bundesregierung[3] enthielten

---

1) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. Januar 196o (BGBl. I S. 17).

2) Dieser Entwurf wurde aufgestellt von der Vereinigung der Präsidenten der Verwaltungsgerichte des Bundesgebietes in Zusammenarbeit mit den Arbeitsgemeinschaften der Innenministerien der Länder der Bundesrepublik, abgedruckt in DVBl 1951, im Anschluß an S. 568.

3) Regierungsentwürfe einer Verwaltungsgerichtsordnung vom 15. April 1953 (BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 4278), vom 12. April 1954 (BT-Drucks., 2. W.P., Nr. 462), und vom 5. Dezember 1957 (BT-Drucks., 3. W.P., Nr. 55).

diese Vorschriften. Sie gehen zurück auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung, in der dieser die Einfügung eines neuen Teils IV a, bestehend aus den §§ 168 a bis g, vorgeschlagen hatte. Hierdurch sollte eine Regelung zur "gerichtlichen Nachprüfung von Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen der Justiz- oder Vollzugsbehörden"[1] getroffen werden.

Zur Begründung der vorgesehenen Neuregelung, gerade den ordentlichen Gerichten die Nachprüfung "spezifisch justizmäßiger Verwaltungsakte der Justizverwaltung"[2] zu übertragen, führte der Bundesrat aus, diese Gerichte verfügten über die zur Beurteilung der aufgezeigten Maßnahmen nötigen Kenntnisse und Erfahrungen. Die gesetzliche Regelung hielt er aber dennoch im Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung für angebracht.

Darüberhinaus gab er zu bedenken, die sogenannten Justizverwaltungsakte durch einen enumerativen Katalog zu erfassen, da die vorgeschlagene Generalklausel auch solche Fälle einschlösse, die nicht unter den "herkömmlichen Begriff des Justizverwaltungsaktes"[3] fielen und sehr fraglich sei, ob Generalklauseln überhaupt eine brauchbare Abgrenzung schaffen könnten[4].

---

1) BT-Drucks., 3. W.P., Nr. 55 vom 29. November 1957, S. 52 ff. (6o).

2) BT-Drucks., a.a.O., S. 61.

3) BT-Drucks., a.a.O., S. 61, Ziff. 85 a).

4) Der Gedanke eines enumerativen Katalogs war auch schon in der Literatur aufgetaucht; vgl. Ruscheweyh, Rechtsweg in Justizverwaltungsangelegenheiten, DVBl 1958 S. 686 ff. (691) und Ule, Anm. zu Urteil des BverwG vom 19. Februar 1957, JZ 1958 S. 628 ff. (63o, rechte Spalte).

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates diesem Vorhaben nicht widersprochen. Sie regte an, den Vorschlag in den Übergangsvorschriften der VwGO zu erfassen oder in der Form eines gleichzeitig zu verabschiedenden Gesetzes zu verwirklichen. In der Zusammenstellung des von ihr eingebrachten Entwurfs einer VwGO[1] wurde sodann die Ergänzung des EGGVG durch Einfügung der §§ 23 bis 3o vorgeschlagen. In dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses[2] heißt es, die Einfügung in das EGGVG sei deshalb erfolgt, weil die Vorschriften einen "Fremdkörper" in der VwGO bildeten. Es bliebe weiterhin Aufgabe des Bundesgesetzgebers, Rechtsweg und Verfahren bei der Anfechtung sogenannter Justizverwaltungsakte im einzelnen zu regeln, da bei der jetzt gewählten generalklauselartigen Fassung des § 23 EGGVG Unklarheiten unvermeidlich seien.

II. Kernpunkte des Verfahrens sind die §§ 23 und 24 EGGVG[3]. § 23 Abs. I S. 1 gibt - in enger Anlehnung an § 25 Abs. I MRVO 165[4] - gleichsam eine Legaldefinition des Justizverwaltungsaktes. Hiernach entscheiden über die Rechtmäßigkeit der "Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten ... der Strafrechtspflege getroffen werden", auf Antrag die ordent-

---

1) Entwurf einer VwGO mit den Beschlüssen des Rechtsausschusses, BT-Drucks., 3. W.P., Nr. 1o94 vom 12. Mai 1959, S. 19 ff.

2) BT-Drucks., 3. W.P., Nr. 1o94 vom 12. Mai 1959, S.1f

3) Die im folgenden ohne Gesetzesangabe bezeichneten Vorschriften sind solche des EGGVG.

4) § 25 Abs. I S.1:" Verwaltungsakt im Sinne dieser Verordnung ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme ...".

lichen Gerichte. Und S. 2 des Abs. I umfaßt "Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen der Vollzugsbehörden im Vollzug der Freiheitsstrafen ...".
Der so definierte Justizverwaltungsakt unterliegt gerichtlicher Kontrolle. Hat jedoch der Betroffene die Möglichkeit, bereits aufgrund anderer Vorschriften eine gerichtliche Entscheidung in der ihn beschwerenden Angelegenheit herbeizuführen, so ist ihm nach der Subsidiaritätsklausel des § 23 Abs. III der hier beschriebene Rechtsweg verschlossen[1].
§ 24 knüpft an die Zulässigkeit des Antrags die Geltendmachung einer unmittelbaren Rechtsverletzung[2] und die Einhaltung eines etwa vorhandenen Vorschaltrechtswegs (§ 24 II)[3], und § 25 begründet die erst- und letztinstanzliche (§ 29 I 1) Zuständigkeit eines Strafsenats zur Entscheidung über einen Antrag, der eine "Angelegenheit der Strafrechtspflege und des Vollzugs" betrifft (§ 25 Abs.I S.1)[4].

---

1) Zum Verhältnis des § 458 StPO zu den §§ 23 ff. EGGVG vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2. Band, § 23 EGGVG Anm. 8 b), sowie zum Ganzen: Kussmann, Der Rechtsschutz des Strafgefangenen nach den §§ 23-3o EGGVG, Diss.

2) Zu den hier entstandenen Streitfragen vgl.:OLG Bremen NJW 196o S. 2261 und 1964 S. 1194; Altenhain, Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug,JVBl 1961 S. 173 ff.; 1962 S. 196 ff.; 1963 S. 1o5 f.,m.w.N.; Kaiser, Die Bedeutung der §§ 23-3o EGGVG,NJW 1961 S. 2oo ff. (2o1) und S. 11o2 (Entgegnung auf Thierfelder, Gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, daselbst S. 11o1 f.); Bernhard, Rudolf, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963 S. 3o2 ff., zu der Frage, inwieweit Nichtadressaten eines Justizverwaltungsaktes anfechtungsberechtigt sein können.

3) Vgl. hierzu Röhl, Der Rechtsweg gegen Strafvollzugsmaßnahmen, NJW 196o S. 413 ff. (414); Tiedemann, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, S. 54 ff.; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, §24 EGGVG Anm.5; OLG Bamberg JVBl 1963 S. 175,mit Anmerkung Altenhain.

4) Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 1o1 GG vgl. BGH NJW 1963 S. 447,rechte Spalte.

Das Verfahren,in Anlehnung an das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausgestaltet, regelt in nahezu gleicher Weise wie dieses die Frist- und Formfragen sowie den materiellen Inhalt der ergehenden Entscheidung (vgl. §§ 26, 27, 28 EGGVG und §§ 74, 75, 113 VwGO)[1]. Auch das Institut der Verpflichtungsklage findet hier seine Parallele; das Gericht kann die Verpflichtung von Justiz- oder Vollzugsbehörde aussprechen, eine beantragte Amtshandlung vorzunehmen (§§ 23 Abs. II, 28. Abs. II).

III. Die vorstehenden Darlegungen mögen klargelegt haben, daß der Gesetzgeber auch mit der Neuregelung in den §§ 23 ff. EGGVG die Frage nicht geklärt hat, wie das Vollstreckungs- und Vollzugshandeln rechtlich zu qualifizieren und wo es systematisch einzuordnen ist. Es findet eine reinliche Trennung statt zwischen Maßnahmen "auf dem Gebiet der Strafrechtspflege" und solchen "im Vollzug der Freiheitsstrafen", gleichsam als handele es sich um zwei völlig getrennte Sachbereiche, wobei der Vollzug offenbar nicht als Teil der Strafrechtspflege aufzufassen sei.

Die Strafvollstreckung wiederum, soweit nicht abschließend in der Strafprozeß- und Strafvollstreckungsordnung geregelt, findet keine gesonderte Erwähnung, vielleicht hat sie der Gesetzgeber von vornherein als Teil der Strafrechtspflege angesehen. Eine Ausklammerung des Strafvollzugs aus dieser Regelung und seine Zuordnung etwa zur Strafprozeßordnung wurde in keiner Phase des Gesetzgebungsverfahrens in Erwägung gezogen. Allenfalls ein selb-

---

1) Auch an dieser Stelle blieben Streitfragen nicht aus; vgl. etwa Lüke, Die gerichtliche Nachprüfung von Justizverwaltungsakten, JuS 1961 S.212 und Altenhain, Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz im Strafvollzug,JVBl 1966 S. 265 ff. (270); OLG Bremen JVBl 1961 S. 21,mit Anmerkung Altenhain; OLG Hamburg JVBl 1962 S. 18.

ständiges Gesetz schien bedenkenswert.
Bei den Abschlußberatungen erfolgte einerseits das Zugeständnis , die Vorschriften bildeten einen "Fremdkörper" in der Verwaltungsgerichtsordnung, andererseits wurde, in Anlehnung an die Regelung in § 25 Abs. I MRVO 165, die dortige Verwaltungsakt-Definition übernommen, die Maßnahmen selbst aber wiederum der Nachprüfbarkeit durch ein ordentliches Gericht anheimgegeben. Es wurden Strafgerichte als "besondere Verwaltungsgerichte" mit Justizverwaltungssachen befaßt, "eine wegen des engen Sachzusammenhangs zweckmäßige Lösung"[1]. Im Ergebnis stellten die §§ 23 bis 3o EGGVG lediglich ein Ausführungsgesetz zu Artikel 19 Abs. IV GG dar, eine dogmatische Klärung brachten sie nicht.

---

1) Eyermann - Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm. zu § 179, § 25 EGGVG, Nr. 1); vgl. auch Stich, Einheitlicher Rechtsschutz, DÖV 196o S. 368.

3. Abschnitt: Begriffliche Klärung - Abgrenzung von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung

In den bisherigen Erörterungen konnte auf eine begriffliche Abgrenzung von Strafvollstreckung und -vollzug im Zuge der Verwirklichung von Freiheitsstrafen verzichtet werden. Kam es doch bei der Untersuchung des dem rechtskräftig Verurteilten zustehenden Rechtsschutzes nicht darauf an, ob es sich bei der im Einzelfall ergangenen, ihn beschwerenden Entscheidung um eine solche der Vollstreckung oder des Vollzugs handelte, allein maßgeblich war, wie der Gesetz- oder Verordnungsgeber die jeweilige Handlung bezeichnete, wo er sie systematisch einordnete und welchen Rechtsschutz er dagegen gewährte.

Soll aber im folgenden die Frage nach der Rechtsnatur und systematischen Stellung von Vollstreckung und Vollzug untersucht werden, so bedarf es zuvor der Klärung, ob eine Abgrenzung überhaupt möglich ist und welche Kriterien sich hierzu anbieten.

Daß die Zuordnung einer Maßnahme zu dem einen oder anderen Bereich Rechtsfolgen verschiedenster Art auslösen kann, hatte sich an den bisherigen Darlegungen schon gezeigt. So war vor Schaffung der §§ 23 ff. EGGVG von der herrschenden Lehre anerkannt[1], daß § 458 StPO nur Vollstreckungsanordnungen erfaßte, nicht aber Akte im Rahmen des Vollzugs; hätte man beide Termini synonym verwenden können,

---

1) Vgl. oben 2. Abschnitt B II 2, S. 13ff.; nach Inkrafttreten der §§ 23 ff. EGGVG stellte sich dieses Problem, soweit ersichtlich, nicht mehr, vgl. BGH St. 19 S. 151; ausdrücklich BGH St 19 S. 241: Nach Schaffung der §§ 23 ff. EGGVG zwinge auch das Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG nicht mehr, "den Begriff der Zulässigkeit der Strafvollstreckung auf Akte des Strafvollzugs auszudehnen".

der Streit darüber, ob Einwendungen gegen die Art des Vollzugs noch nach § 458 StPO zu behandeln seien oder es sich um Beanstandungen der angewandten Vollzugsart schlechthin handeln müsse[1], wäre überflüssig gewesen. Überhaupt hätte sich eine gesetzliche Regelung, die den Rechtsweg gegen Maßnahmen im Strafvollzug klärte, nahezu erübrigt, wenn unter die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung auch solche gegen die des Strafvollzugs fielen.

Nach Vorhandensein der §§ 23 ff. EGGVG bleibt es für den Betroffenen gleichfalls bedeutsam, ob er Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung oder gegen die des Strafvollzugs geltend macht. Erstere werden unmittelbar von § 458 StPO erfaßt mit der Folge, daß das Gericht des ersten Rechtszuges ohne mündliche Verhandlung entscheidet und hiergegen grundsätzlich die sofortige Beschwerde zulässig ist (vgl. § 462 Abs. I, IV StPO). Letztere dagegen unterfallen der Regelung der §§ 23 ff. EGGVG, so daß ein Strafsenat beim Oberlandesgericht erst- und letztinstanzlich befindet (vgl. §§ 25, 29 EGGVG). Das Problem einer Abgrenzung stellt sich auch bei der Versagung der Strafunterbrechung nach § 45 StrVollstrO. Handelt es sich um eine Maßnahme im Vollzug der Freiheitsstrafe, ist der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet; geht es jedoch lediglich um die Zulässigkeit der weiteren Strafvollstreckung, ist das Gericht nach §§ 458, 462 StPO zuständig[2].

Weiterhin wird die Abgrenzung wichtig für die Überprüfbarkeit einer Anordnung des Vollstreckungsleiters über die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug nach

---

1) Vgl. OLG Hamm JZ 1959 S. 714, mit Anm. Pohlmann.

2) Vgl. zum Streitstand Robert Mayer, Gerichtliche Entscheidung bei Strafunterbrechung, NJW 1962 S. 1429 (1430).

§ 92 Abs. III JGG. Stellt sie sich als Akt im Rahmen des Vollzugs dar, so obliegt ihre Nachprüfung der für den Vollzug jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde. Behandelt man sie dagegen als Entscheidung im Vollstreckungsverfahren, steht dem Verurteilten der hierfür vorgesehene Aufsichtsweg zum Generalstaatsanwalt beim Oberlandesgericht offen[1].

Besonders einschneidende Folgen kann eine mangelnde Unterscheidung dann mit sich bringen, wenn der Strafgefangene wegen Vollzugsuntauglichkeit in eine von der Anstalt getrennte Krankenanstalt verlegt wird. Gilt die dort verbrachte Zeit lediglich als Unterbrechung des Vollzugs, so bleibt der Verurteilte nach wie vor Strafgefangener, so daß die Zeit voll in die zu verbüßende Strafzeit eingerechnet wird. Dagegen bewirkt eine Unterbrechung der Strafvollstreckung, daß der Gefangene in keiner Weise mehr der Einwirkung der Vollzugsanstalt unterliegen darf, die in der Krankenanstalt verbrachte Zeit demzufolge auch nicht in die Strafzeit eingerechnet wird. Ersteres ist regelmäßig ein erheblicher Vorteil, letzteres ein Nachteil für den Strafgefangenen.

Aber selbst wenn man an eine Unterscheidung diese nur skizzenhaft aufgezeigten Rechtsfolgen nicht anknüpfen könnte, bliebe doch das Gebot terminologischer Klarheit, das eine Unterscheidung dort verlangt, wo sie von der Sache her möglich ist.

Es sei in diesem Zusammenhang auf das Beispiel des § 69 JWG verwiesen. Hier unterscheidet der Gesetzgeber bewußt zwischen der A u s führung und der D u r c h führung der freiwilligen Erziehungshilfe

---

1) Vgl. im einzelnen Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 93 Rdnr. 6, 28, sowie Vorb. vor § 82, Rdnr. 12 ff.

sowie der Fürsorgeerziehung[1]. Unter D u r c h-führung versteht man die individuelle pädagogische Tätigkeit, mit der auf den Jugendlichen eingewirkt werden soll, die A u sführung betrifft die verantwortliche rechtliche und pädagogische Lenkung und Überwachung. Die Durchführung der Erziehung erfolgt durch die hierzu bestimmten Personen in Familien oder sonstigen Einrichtungen, ihre Ausführung obliegt der durch den Gesetzgeber bestimmten Behörde. Jene erfaßt den unmittelbaren Kontakt zwischen dem Jugendlichen und seinem Erzieher, diese die lediglich überwachende Funktion der Behörde[2].

Die Unterscheidung zwischen Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafen ist der Fachwelt aber nicht von Anfang an geläufig gewesen. Ein Rückblick auf frühere gesetzliche Regelungen sowie die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten soll einer eigenständigen Klärung vorangestellt werden.

B. Historischer Rückblick

I. Der Freiheitsentzug als Strafe ist im Grunde noch recht jungen Datums[3]. Die Carolina, die Peinliche

---

1) Vgl. BT-Drucks., 3. WP, Nr. 2226, S.29 zu § 69.

2) Vgl. hierzu Jans-Happe, Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar (Köln 1963), § 69 Nr. 2, S. 480; mit erheblichen Bedenken gegen die vorliegende Unterscheidung Riedel, Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. (Berlin 1965), § 69 Nr. 3, S. 762, sowie Nr. 4, S. 764, 2.Abs.: "Die Ausdrucksweise... ist verbesserungsbedürftig, da sie nicht sinnvoll ist und die Abgrenzung auch begrifflich nicht exakt ist".

3) Zur geschichtlichen Entwicklung der Freiheitsstrafe vgl. Eb. Schmidt, Entwicklung und Vollzug der Freiheitsstrafe in Brandenburg-Preußen bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, in: Abhandlungen des kriminalistischen Instituts der Universität Berlin, 3. Folge, 2.Bd., 2.Heft (Berlin 1915); Kriegsmann, Gefängniskunde, S. 1 ff.; Rob.v.Hippel, Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, in: Bumke, Gefängniswesen, S. 1 ff.; und jüngst in rechtsvergleichender Sicht, Tiedemann, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen, S. 22 ff.

Gerichtsordnung Carls V. von 1532, sah Freiheitsstrafen allenfalls als Ersatzlösung vor, wenn andere Strafsanktionen nicht mehr ausreichten. Artikel 157 bestimmte beispielsweise beim ersten kleineren Diebstahl - "so eyner erstlich gestolen hat under funff gulden werth" - als Strafe die doppelte Rückerstattung - "den diebstall mit der zwispil zu bezahlen" - . Für den Fall, daß dem Delinquenten die Wiedergutmachung aber nicht möglich war, drohte ihm die Carolina "etlich zeitlang" den Kerker an. Ausdrücklich wird in den Artikeln 1o und 1o1 die Möglichkeit "ewiger gefencknuß" erwähnt, ohne daß sie in einem bestimmten Einzelfall als Strafe vorgesehen worden wäre.

Im Vordergrund des Strafensystems stehen die Leibes- und Lebensstrafen[1]. Allein die Carolina kennt noch eine Vielzahl von Arten der Todesstrafe - "nach gutter gewonheyt, oder nach ordnung eynes guten rechtverstendigen richters"[2] - und in den "Beylagen" zur Theresiana[3] werden mit geradezu wissenschaftlicher Akribie vielfältige Möglichkeiten dargestellt und erläutert, mit denen man dem Verurteilten Pein zufügen könnte. In der Schweiz wurden noch im 18. Jahrhundert statt der gesetzlich vorgeschriebenen, aber kostspieligeren Gefängnisstrafe Todesurteile armutshalber ausgesprochen[4].

---

1) Über schon früher vorhandene Aufzeichnungen der Freiheitsstrafe vgl. Rob.v.Hippel, Die geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, in: Bumke, Gefängniswesen, S. 1 ff. (7 ff.),sowie Rudolf His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina (München 1967, unveränderter Nachdruck der Ausgabe München und Berlin 1928), S. 91 ff.

2) Vgl. CCC Art. 1o4,sowie im einzelnen Rob.v.Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. Band (Berlin 1925), S. 174 ff. (198/199).

3) Constitutio Criminalis Theresiana von 1769 (Ausgabe Wien 1769), im Anschluß an S. 282; vgl. auch Artikel 5, 38,§§ 17 und 18.

4) Vgl. Keller, Dieter, Die Todesstrafe in kritischer Sicht (Berlin 1968), § 2 I,S. 4.

Ein derartiges, vom Gedanken der Vernichtung der Täterpersönlichkeit getragenes Strafensystem verlangte und ermöglichte zugleich eine rasche Durchführung der Strafe. Die Carolina kannte demzufolge noch keine funktionelle Trennung zwischen Urteilsausspruch und Übelszufügung. Zentralfiguren vom Beginn des Verfahrens bis hin zum letzten, das Urteil vollziehenden Akt waren der Richter und die Schöffen. Der Richter hatte die Aufgabe, "wann der beklagt entlich zu peinlicher straff geurtheylt wirdet"[1], den Stab zu zerbrechen und danach des "nachrichters fried außzurufen"[2]. Und nach "volnziehung der urtheyl"[3] mußte er auf Befragen des Nachrichters, "ob er recht gericht habe"[3], antworten, er ließe es dabei bleiben, sofern die Strafverhängung dem Urteil entspräche.

Die Carolina ging von der grundsätzlichen Ungeteiltheit des Verfahrens aus, das als Gesamtablauf die Verfolgung, den Richterspruch und dessen Durchführung umfaßte. Aus der Tatsache, daß ausdrücklich die "volnziehung der urtheyl"[4] erwähnt wird, läßt sich nichts gegenteiliges schließen.

Allenfalls im Art. 2o5 kommt die Absicht Schwarzenbergs zum Ausdruck, eine Unterscheidung zwischen Richter und Nachrichter zu treffen. Jenem sollte es verwehrt sein, vom Ankläger eine Belohnung zu begehren und zu nehmen, er "möcht dem nachrichter derhalb wol zuvergleichen sein". Auch hier sollte ganz offenkundig kein Organisationsprinzip statuiert, sondern lediglich eine Ermahnung gegeben werden, "ampt und wirde" des Richters zu wahren.

---

1) CCC Art. 96.

2) CCC Art. 97.

3) CCC Art. 98.

4) CCC Art. 98 Überschrift; vgl. auch Art. 96, 196, 21o CCC.

Die Carolina faßte materielles und formelles Strafrecht als Einheit auf - die Artikel 1 bis 1o3 und 181 bis 219 behandelten das Strafverfahren, die übrigen Artikel enthielten materielles Strafrecht - und sah den Vollzug der Strafe, bezeichnenderweise in die Hand des "Nach-Richters" gelegt, als Teil des Verfahrens an. Eine, wenn auch unklare Differenzierung zwischen Vollstreckung und Vollzug, wie wir sie in späteren Kodifikationen finden werden, kannte sie noch nicht.

II. Mit dem Ausbau des Systems der Freiheitsstrafen und der damit verbundenen Zurückdrängung der Körperstrafen war es unausweichlich, daß man zur Durchführung der Strafe an dem Verurteilten eines gewissen "Apparates" bedurfte. Konnte noch die Leibesstrafe in die Hand eines einzelnen oder weniger - des Nachrichters und seiner Gehilfen - gelegt werden, man denke nur an das lebendige Begraben, das Schleiffen oder Ertränken[1], war nun die Durchführung der Freiheitsstrafe ohne das Vorhandensein fester Häuser und eines bestimmten Personalbestandes nicht mehr möglich.
Zwar betont die Theresiana noch, die Gefängnisse seien "nur zur Versicherung, und nicht zur Strafe"[2] angeordnet, doch räumt sie schon in Parenthese ein, "außer in gewissen Fällen, so Jemand zu seiner Ab-

---

1) Vgl. z.B. Art. 131 CCC von der "Straff der weiber, so jre kinder tödten".

2) So soll z.B. der Delinquent, auf dessen Rücken das Strafzeichen eingebrannt worden ist, "zu Behinderung, damit das frueh eingebrennte Merkmal nicht ausgesogen oder sonst getilget werde, allzeit Pulver darein gerieben, und der Verwiesene wenigstens 8. Tag nach vorgenommener Einschrepfung in der Gefaengniß anzuhalten" sein (Art. 6, § 4, Drittens).

büssung damit belegt wird"[1]. "Gefaengniß" gilt als Strafe, "wodurch die Freyheit des Aufenthalts auf einige Zeit oder für beständig benommen wird"[2] und "besteht in einem Schloß-Vestungs-Stadt oder Hausarrest" oder "beschiehet in einem öffentlichen Kerker"[3].

In der Theresiana begegnen nun schon die Begriffspaare "Vollstreckung" und "Vollzug". So kommt es nach der Urteilsverkündung "insgemein auf desselben unaufhältliche Vollstreckung an"[4], doch werden mehrere rechtliche Ursachen aufgeführt, weswegen der "Vollzug des Urtheils"[5] einzustellen sei. Und sollte der Verurteilte gar in schwere Krankheit verfallen, ist das Urteil nicht zu "vollziehen", sondern "erst bey dessen Wiedererholung (zu) vollstrecken"[6]. Es erhellt, wie willkürlich die Theresiana sich noch der Begriffe Vollstreckung und Vollzug bedient hat.

Ähnliche Unklarheiten boten andere Einzelkodifizierungen und Beiträge aus früherer Zeit.

Die Hessisch-Darmstädtische Gerichtsordnung[7] ließ den Nachrichter das Urteil "an dem armen Sünder vollziehen"[8] und die Tortur von dem Scharfrichter

---

1) Vgl. Art. 52 § 1.
2) Art. 6 § 9.
3) Art. 6 § 1o.
4) Art. 41 § 5 S.1.
5) Art. 41 § 5 S.2.
6) Art. 41 § 5 Drittens.
7) Fürstlich Hessen-Darmstädtische Kriminal- und Gerichtsordnung von 1726.
8) Titulus XVII § VII.

"vollstrecken"[1], und in einer "Gründliche(n) Anleitung zu der allgemeinen Kriminalgerichtsordnung"[2] schreibt der Verfasser, das Urteil werde an dem Untersuchten "vollzogen" und deswegen handele das von ihm erläuterte Hauptstück "von der Kundmachung und Vollziehung des kriminalurteils". In der folgenden Zeile fährt er jedoch fort: "Was also die Kundmachung und Vollstreckung des Urtheils betrifft, muß dasselbe ... an demselben vollstreckt werden"[3].

Ein sehr frühes Lehrbuch des Prozeßrechts[4] bemüht sich, den Begriff "Vollziehung" zu definieren. Es heißt hier, das Kriminalerkenntnis bedürfe einer "in besonderen Proceß-Handlungen bestehenden Befolgung"[5]; doch wird diese vom Verfasser einmal geprägte Terminologie nicht folgerichtig durchgeführt, wenn er beispielsweise die Art der "Vollstreckung" von der Art der jeweils erkannten Todesstrafe[6] abhängig sein läßt. Aber gerade hierbei handelt es sich wohl allein um eine "in besonderen Proceß-Handlungen bestehende Befolgung", mithin um die "Vollziehung" des Urteils.

Die Skala der Beispiele über die Vermengung der Begriffe ließe sich mannigfaltig fortführen, doch mag dieser kurze Abriß klargelegt haben, daß mit der aufkommenden, gesonderten Betrachtungsweise der einzelnen Verfahrensstadien eine begriffliche Klärung

---

1) Titulus VI, § V.

2) von Joseph Leonhard von Banniza, Innsbruck 179o.

3) 13. Hauptstück, § 18o, S. 22o.

4) Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Processes (Heidelberg 1836).

5) Martin, a.a.O., 3. Hauptabteilung, 4. Abschnitt, § 153, S. 379.

6) Martin, a.a.O., § 157, S. 391/392.

und Erfassung des urteilsverwirklichenden Gesamtbereichs nicht einherging. Neben den Verfahrensabschnitt, der zum Urteilsspruch, zur Übelsverhängung führte, trat unaufgeteilt die Urteilsrealisierung, die Übelszufügung, sei sie nun Strafvollstreckung oder Strafvollziehung genannt.

C. Die Regelung in neueren Kodifikationen

I. Auch die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 brachte in den Bereich der Strafverwirklichung keine begriffliche Klarheit.
Den Ersten Abschnitt des Siebenten Buches (§§ 481 ff) stellte sie unter den Terminus "Strafvollstreckung", ohne eine erläuternde Definition des Begriffes zu geben. Unter Vollstreckung wurde einmal verstanden der gesamte, mit der Einleitung und Überwachung der Urteilsdurchführung befaßte Tätigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft, wie etwa in den §§ 487, 488, die die Voraussetzungen des Vollstreckungsaufschubes regelten, oder in § 489, der der Staatsanwaltschaft das Recht einräumte, "behufs Vollstreckung einer Freiheitsstrafe" einen Vorführungs- oder Haftbefehl zu erlassen. Zum anderen sprach die Strafprozeßordnung auch von Vollstreckung, legte sie etwa nähere Modalitäten der Verwirklichung eines Todesurteils fest. Wenn sie bestimmte, die "Vollstreckung" der Todesstrafe erfolge in einem umschlossenen Raume, es müsse ein begrenzter Personenkreis zugegen sein oder über den Hergang sei ein Protokoll aufzunehmen (vgl. § 486), so handelte es sich dabei nicht mehr um reine Überwachungsfunktionen, sondern um eine Anweisung zur Durchführung

einer bestimmten Strafart im Einzelfalle, mithin um einen erheblich enger gefaßten Vollstreckungsbegriff als in dem zuvor angeführten Beispiel.

Auch die Fassung des § 493 Abs. I - heute noch gleichlautend § 461 StPO - läßt Zweifel an einer konsequenten begrifflichen Erfassung aufkommen. Hiernach ist die Aufenthaltsdauer eines nach Beginn der "Strafvollstreckung" erkrankten Verurteilten in einer von der Strafanstalt getrennten Krankenanstalt in die Strafzeit einzurechnen, es sei denn, der Gefangene hat die Krankheit in der Absicht herbeigeführt, die "Strafvollstreckung" zu unterbrechen (§ 493 Abs. I a.F., § 461 Abs. I n.F., letzter Halbsatz). Der erste Halbsatz setzt demnach den Beginn der Strafvollstreckung voraus, das heißt, die Durchführung des Freiheitsentzugs muß schon begonnen haben, andernfalls wäre es sinnwidrig, eine Verlegung des Gefangenen in ein von der Anstalt getrenntes Krankenhaus vorzusehen.
Könnte man hier schon dazu neigen, besser von einem Beginn des Strafvollzugs als der Realisierung des Freiheitsentzugs innerhalb der Strafanstalt zu sprechen, schließlich liegt eine Vollstreckungshandlung schon mit der ersten, auf den Freiheitsentzug abzielenden Maßnahme vor, so ist es sicher, daß der im 2. Halbsatz gebrauchte Terminus zumindest unkorrekt ist. Denn dem Strafgefangenen liegt gerade nicht daran, die Strafvollstreckung zu unterbrechen, in diesem Falle endete nämlich mit Herausnahme aus der Anstalt die Strafzeitberechnung, und sie setzte erst wieder mit der Rückführung in die Anstalt ein. Er ist bestrebt, dem eigentlichen Freiheitsentzug für eine gewisse Krankheitsdauer zu entgehen, ohne daß dadurch der Zeitablauf der gegen ihn verhängten Strafdauer unterbrochen würde. Seine Absicht muß also vernünftigerweise dahin gehen, den Straf v o l l z u g zu unterbrechen.

Es ist bezeichnend, daß während der Kommissionsberatungen auf Beschluß des Bundesrates der Antrag gestellt worden war, diese Vorschrift zu streichen[1]. Es handele sich hierbei, so lautete die Begründung, um eine einzelne Frage, die aus dem künftigen Gesetze über den Strafvollzug in die Strafprozeßordnung herübergenommen werden solle. Ein Gesetz über den Strafvollzug werde ohnehin etwas Ähnliches verfügen. Der Antrag blieb jedoch ohne Erfolg, und es kam zu der in § 461 StPO n. F. gleichlautenden Fassung des § 493 a. F.

Auch in den §§ 487, 488 StPO a. F. - §§ 455, 456 StPO n. F. - müßte es richtig heißen, der Vollzug einer Freiheitsstrafe sei aufzuschieben. Denn der Verurteilte kann mit Erfolg erst nach Ladung zum Strafantritt gewisse Aufschubgründe geltendmachen, die Ladung selbst ist aber schon eine erste Vollstreckungshandlung - sie leitet den Freiheitsentzug ein. Die darauffolgenden Untersuchungen zur Feststellung der Vollzugsuntauglichkeit oder der erheblichen Nachteile, die aus dem Freiheitsentzug für den Verurteilten erwachsen könnten, sind gleichfalls erste strafeinleitende und damit Vollstreckungsmaßnahmen. Ein schon begonnener Handlungskomplex - die Strafe ist, wenn man so will, in der Vollstreckung begriffen - kann aber nicht mehr aufgeschoben, allenfalls noch unterbrochen werden. Es handelt sich mithin bei den Aufschubanordnungen um Vollstreckungsmaßnahmen, die den Beginn des Vollzugs hinausschieben.

Die sprachliche Ungenauigkeit wird vor allem dann offenkundig, wenn man bedenkt, daß für den Verurteilten von der "Vollstreckung" eine nahe Lebensge-

---

1) Vgl. Antrag Miquel, sowie Stellungnahme des Abg. Hanauer, in Hahn, Materialien (1881), S. 1440 unten.

fahr zu besorgen sei (§ 455 Abs. II StPO). Lebensgefahr und erhebliche Härten können ihm regelmäßig nicht aus ärztlichen Untersuchungen oder Nachforschungen über seine familiären Verhältnisse erwachsen - dies aber sind einleitende Maßnahmen zur Durchführung der Strafe und somit "Vollstreckungshandlungen" - sondern allenfalls durch die Realisierung der Strafe in Form des Freiheitsentzugs - und diesen Bereich erfaßt der Begriff "Strafvollzug".

Der Gesetzgeber hat dies später offensichtlich erkannt, denn in der Begründung zu den sinngemäß gleichen §§ 471 bis 473 des Entwurfs einer Strafprozeßordnung von 1908 heißt es, in diesen Vorschriften würden die Folgen geregelt, die eintreten, wenn der Verurteilte vor oder nach dem Beginn der "Vollstreckung" in einen körperlichen oder geistigen Zustand geriete, der der "Vollziehung" der Strafe entgegenstünde[1]. Bislang hat man es aber unterlassen, die Vorschrift in diesem Sinne klarzustellen.

II. Ebenso wie die Strafprozeßordnung verzichtete auch das Strafgesetzbuch auf eine klärende Definition. § 17 Abs. IV a.F. StGB schrieb vor, an welchen Orten die Festungshaft "vollzogen" werden sollte und § 17 Abs. II StGB in der derzeit geltenden Fassung bestimmt, wie die Strafe der Einschließung "vollzogen" wird. Im einzelnen finden sich hier Richtlinien für die Ausgestaltung des Freiheitsentzugs des zur Strafe der Einschließung Verurteilten (vgl. §§ 201 bis 206 StGB).
§ 13 legte in der früher geltenden Fassung[2] den Modus der Durchführung der Todesstrafe

---

1) Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Ausgabe Berlin 1908, Begründung zu §§ 471 bis 473, S. 294.

2) § 13 StGB wurde in Anpassung an die grundgesetzliche Regelung in Artikel 102 durch Gesetz vom 4. August 1953 (BGBl. I S. 735) ersatzlos gestrichen.

fest. Obwohl es auch hier um die Ausgestaltung der Strafverwirklichung im Einzelfall, um das Wie, nicht um das Ob der Übelszufügung ging, hieß es im § 13, die Todesstrafe sei durch Enthaupten zu "vollstrecken". Ein späteres Gesetz, das gleichfalls zum Teil Art und Weise der Durchführung der Todesstrafe betraf, regelte ihre Verhängung und "Vollzug" und ließ die "Vollstreckung" durch Erhängen zu[1].

Neben diesem eng gefaßten Vollstreckungsbegriff im früheren § 13 bedient sich das Strafgesetzbuch aber auch einer weiteren Fassung in den §§ 7o und 345. § 7o StGB regelt die Verjährung der Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen und erfaßt damit nicht nur diejenigen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf den Freiheitsentzug als solchen beziehen, sondern auch diejenigen, die lediglich vorbereitender oder einleitender Natur sind: Nach Ablauf der im § 7o StGB normierten Fristen darf gegen den Verurteilten weder ein Haftbefehl erlassen noch darf er mehr zum Strafantritt geladen werden, und § 345 StGB poenalisiert die unzulässige "Vollstreckung" einer Strafe und somit sämtliche Maßregeln, die die Verbüßung durchführen. Hierzu gehört nicht nur die Anordnung der Verbüßung, sondern auch ihre Durchführung und Überwachung[2].

III. Das JGG 1923 entbehrte gleichfalls der sprachlichen Korrektheit. Die Vorschrift des § 16 gab einige Grundsätze über die Behandlung Jugendlicher

---

1) Vgl. Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933 (RGBl. I S. 151).

2) RG St 3o, 135, 137; OLG Kassel HESt 2, 18o; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 345 Rdnr. 3.

im Freiheitsentzug, indem sie forderte, der "Strafvollzug" gegen den Jugendlichen solle seine Erziehung fördern (Abs. I), beim "Vollzuge" der Jugendstrafe solle dieser von erwachsenen Gefangenen vollständig getrennt gehalten werden (Abs. II), und längerdauernde Freiheitsstrafen sollten in besonderen Anstalten oder Abteilungen von Anstalten "vollstreckt" werden (Abs. III). Das Weitere über den "Strafvollzug" wiederum bestimme die Reichsregierung (Abs. V). Der Gesetzgeber vermied es also, die vom materiellen Gehalt her zweifellos gleichartigen Bestimmungen der Absätze I bis III auch terminologisch gleich zu erfassen. Denn es kann in der Sache keinen Unterschied machen, ob der Gefangene getrennt von Erwachsenen oder in besonderen Abteilungen untergebracht wird, beide Male handelt es sich um die Festlegung der jeweils verschiedenen Art und Weise des Freiheitsentzugs, die einen Wechsel der Begriffe nicht rechtfertigt.

Bei der Neufassung des Jugendgerichtsgesetzes im Jahre 1953 (JGG 1953) vermied der Gesetzgeber die wörtliche Übernahme dieser Vorschrift und regelte nunmehr, daß die Jugendstrafe in Jugendstrafanstalten "vollzogen" werde (§ 92 Abs. I JGG).
Im übrigen aber zeigt gerade das Jugendgerichtsgesetz - ebenso schon im Ansatz die alte Fassung von 1923 - überzeugende Beispiele einer klaren, sprachlichen Unterscheidung. § 1o JGG 1923 beispielsweise gab dem Gericht die Möglichkeit, die "Vollstreckung" einer Freiheitsstrafe insbesondere dann auszusetzen, wenn der sofortige "Vollzug" eine Erziehungsmaßregel gefährden würde. Es wurde also einmal auf die tatsächliche Realisierung des Strafübels in Form des Freiheitsentzugs abgestellt, zum

anderen auf die Gesamtheit der die Verwirklichung der Entscheidung im weiteren Sinne betreffenden Maßnahmen.
Diese sachliche Differenzierung findet sich vor allem im Dritten Hauptstück (§§ 82 ff.) des Jugendgerichtsgesetzes von 1953. Hier wird ausdrücklich unterschieden zwischen dem Vollstreckungs- und dem Vollzugsleiter und selbst dann, wenn sich die Funktionen der Vollstreckung und des Vollzugs in einer Person vereinigen, wie beim Jugendarrest, wird die begriffliche Scheidung beibehalten[1].

IV. Sonstige Kodifikationen in der Folgezeit nach Inkrafttreten des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 ließen gleichermaßen mehr und mehr eine Trennung zwischen Vollstreckungs- und Vollzugshandlungen erkennen und führten sie auch begrifflich meist folgerichtig durch.

1. Das Gesetz über das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht enthielt zwei gesonderte Abschnitte, von denen der eine die Einleitung der "Vollstreckung", der andere den eigentlichen Vollzug betraf[2]. Der Vollstreckungsteil regelte unter anderem die Aktenabgabe durch die Vollstreckungsbehörde, die Voraussetzungen für den Erlaß eines Haft- oder Vorführungsbefehls oder die Bedeutung von Eingaben und Gesuchen vor Beginn des Freiheitsentzugs, mithin Funktionen, die den Verurteilten in seinem Status als Gefangener noch nicht berührten. Der Vollzugsab-

---

1) Vgl. §§ 82 Abs. I, 84 Abs. III, 85 Abs. I, 9o Abs. II S. 2 JGG.

2) Vgl. §§ 5, 6 ff. Gesetz betr. das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 1. August 1933 (Gesetzessammlung S. 293).

schnitt dagegen stellte die Aufgaben des Strafvollzugs vorweg und gab sodann Richtlinien zur Sonderung und Trennung der Gefangenen, zu Haftform und Sicherungsmöglichkeiten, Arbeit, Schriftverkehr und Besuchserlaubnis, zu Maßnahmen also, die allesamt den Gefangenen im Rahmen des Anstaltsverhältnisses unmittelbar betrafen.
Anders als im § 13 StGB hieß es im § 4 Abs. I dieses Gesetzes, die Todesstrafe sei durch Enthaupten zu "vollziehen", - wobei weitergehend festgelegt wurde, dies habe durch das Beil zu geschehen -, und Abs. II sprach von dem die "Vollstreckung" leitenden Beamten. Im letzteren Falle war damit richtigerweise der Gesamtablauf der Strafdurchführung von deren Einleitung bis zum letzten, das Verfahren abschließenden Akt erfaßt, nicht allein der eigentliche Enthauptungs-, also Vollzugsakt.

2. Die Strafvollstreckungsordnung von 1956 bringt - neben dem Jugendgerichtsgesetz - die wohl am meisten folgerichtige Differenzierung zwischen Strafvollstreckung und Strafvollzug, dennoch treten auch hier noch einige Unklarheiten auf.
§ 43 Abs. IV etwa regelt die sachliche Vollzugszuständigkeit für den Fall, da mehrere Freiheitsstrafen zu "vollstrecken" sind, die ihrer Art nach in derselben Vollzugsanstalt "vollstreckt" werden könnten. Der erste Begriff umfaßt alle Tätigkeitsakte, die sich auf die Durchführung der Freiheitsstrafe beziehen, der letztere dagegen lediglich auf solche, die innerhalb der Anstalt gegen den Gefangenen getroffen werden können. Deshalb wäre es besser, hier, ebenso wie im § 92 Abs. I JGG, wo sachlich die gleiche Regelung erfolgt, den Terminus "vollziehen" zu gebrauchen.

Hat sich aber der Verordnungsgeber dafür entschieden, den Gesamtablauf innerhalb der Anstalt mit dem Terminus "vollstrecken" zu umschreiben, dann erscheint es wenig verständlich, daß er in § 46 Abs. V S. 2 StVollstrO die Vollstreckungsbehörde für verpflichtet hält, dafür zu sorgen, daß der "Strafvollzug" fortgesetzt werde. Zwar liegt das Schwergewicht dieser Vorschrift auf dem unmittelbaren Freiheitsentzug, sie geht aber davon aus, daß bei Vollzugsuntauglichkeit des Gefangenen nicht allein der Vollzug, sondern die Gesamtheit der freiheitsentziehenden oder -beschränkenden Maßregeln, mithin die Vollstreckung, unterbrochen wird, was in Abs. V S. 1 besonders betont wird. Dann aber ist es konsequent, die Fortsetzung dieses unterbrochenen Handlungsablaufs begrifflich in gleicher Weise zu erfassen, folglich von einer Fortsetzung der Strafvollstreckung zu sprechen.

D. Abgrenzungsversuche in Rechtsprechung und Literatur

I. Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, nur wenig mit der Abgrenzungsproblematik von Vollstreckung und Vollzug auseinandersetzen müssen.

1. In einer Entscheidung vom 9. Januar 1882 versuchte das Reichsgericht, den Begriff "Strafvollstreckung" zu definieren. Es faßte hierunter die Gesamtheit derjenigen Maßregeln, durch welche die Verbüßung der Strafe bewerkstelligt werde. Eine absolute Unterscheidung innerhalb dieses Begriffes zwischen anordnenden und nur ausführenden Maßre-

geln sei nicht möglich, denn weder die bloße Anordnung der Strafvollstreckung bedeute schon die Strafvollstreckung selbst, noch könne ein zwar stattgefundener, aber nicht angeordneter Vollzug der Strafe als Strafvollstreckung betrachtet werden. Darum aber, so folgerte das Reichsgericht, vollstrecke auch derjenige die Strafe, der eine "desfalls angeordnete Maßregel lediglich vollziehe"[1].
Das Gericht sah also in dem Terminus "Strafvollstreckung" einen Oberbegriff, der sowohl Anordnung als auch Durchführung der Strafe umfaßte. Der Vollzug war, sofern er sich überhaupt als der die Strafe im eigentlichen realisierenden Teil erfassen ließ, Bestandteil der Vollstreckung.
Wenig später[2] schon zieht das Reichsgericht eine funktionelle und - hieraus resultierend- auch begriffliche Trennung zwischen Strafvollstreckung und Vollzug. Zwar beruft es sich noch auf seine Entscheidung im 5. Bande, doch wird nunmehr betont, es sei irrig, anzunehmen, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe beginne erst mit Aufnahme des Verurteilten in die Strafanstalt. Unter Strafvollstreckung fielen vielmehr alle diejenigen Maßregeln, durch die die Verbüßung der Strafe ins Werk gesetzt werden solle, und Strafverbüßung sei eben nicht gleichbedeutend mit Strafvollstreckung[3]. Zu dieser gehörten schon die Ladung zum Strafantritt oder Verhaftung und Vorführung des Verurteilten, die Strafverbüßung dagegen beginne erst mit Aufnahme in die Strafanstalt.

An dieser Ansicht, den Vollzug als Bereich unmittelbarer Strafverbüßung seitens der Anstaltsverwaltung gegenüber der Überwachungsfunktion der Vollstreckungs-

---

1) RG St 5 S. 332.
2) Urteil vom 24. April 1891, RG St 21 S. 424 ff.
3) RG St 21 S. 426.

behörde abzugrenzen, hielt das Reichsgericht in der Folgezeit fest, wenn es auch der Vollstreckungsbehörde die weitreichende Befugnis einräumte, darüber zu wachen, daß die Strafverbüßung "richtig und vollständig"[1] herbeigeführt werde. Hierin sei eingeschlossen die Pflicht zur Kontrolle des richtigen Vollzuges erkannter Freiheitsstrafen.

Eine konsequente begriffliche Erfassung behielt das Reichsgericht aber nicht bei. In einem Urteil vom 12.Februar 19o9[2] gebrauchte es ausschließlich den Terminus "Vollstreckung", wiewohl es geboten und auch möglich war, begrifflich zu differenzieren. Es hielt den Angeklagten, einen Amtsdiener, für verpflichtet, die "Vollstreckung" zu betreiben, nämlich den Verurteilten zum Strafantritt heranzuziehen. Er habe darüberhinaus die Aufgabe, die Strafe an dem zum Strafantritt Geladenen zu "vollstrecken", also den Verurteilten, wenn er sich meldete, zum Arrest anzunehmen und habe vermöge seines Amtes auch bei der "Vollstreckung - hier der Herbeiführung der Vollstreckung-" der Strafe mitzuwirken[3].
Es ist ersichtlich, daß das Reichsgericht sich zwar um eine Funktionstrennung, nicht aber um sprachliche Korrektheit bemühte. Sicherlich der letzte, in Parenthese gesetzte Halbsatz macht deutlich, daß es sich dabei im Gegensatz zu den zuvor erwähnten reinen Betriebs- und Strafeinleitungsmaßnahmen nur um die Herbeiführung des Freiheitsentzugs, um die Festsetzung des Verurteilten, mithin um die eigentliche Strafverwirklichung und damit den Vollzug handeln konnte.

---

1) RG St 3o S. 135 ff. (137).
2) RG St 42 S. 2oo ff.
3) RG St 42 S. 2o2.

In einem späteren Erkenntnis wiederum hielt es den mit Strafvollstreckungsbefugnissen gemäß § 451 Abs. III StPO ausgestatteten Richter für einen "mit dem Strafvollzug befaßten Beamten der Justizverwaltung"[1],und gerade hier wäre der Terminus Strafvollstreckung angebracht gewesen.
Diese wenigen Beispiele mögen gezeigt haben, daß dem Reichsgericht eine folgerichtige Sprachregelung nicht gelungen ist.

2. Der Bundesgerichtshof hat sich, soweit ersichtlich, mit der Frage der Abgrenzung nicht näher auseinandergesetzt. In zwei Entscheidungen, die einmal die unzulässige Vollstreckung der Strafe nach § 345 StGB[2], zum anderen die Ablehnung der Vollstreckungsunterbrechung nach § 45 StVollstrO[3] betreffen, behandelt er die Begriffe unter weitgehender Anlehnung an die Terminologie in den die Entscheidungsgrundlagen bildenden Bestimmungen.

Auffallend ist aber, daß nach Ansicht des Gerichts die beglaubigte Abschrift der Urteilsformel mit Vollstreckbarkeitsbescheinigung als förmliche Voraussetzung der"Vollstreckung" sicherstellen soll, daß die Strafe erst nach Rechtskraft des Urteils "vollstreckt" und daß keine andere als die erkannte Strafe "vollzogen" wird. Offensichtlich hat das Gericht im letzten Halbsatz bewußt nicht mehr auf den Gesamtablauf sämtlicher, die Strafe verwirklichender Maßregeln abgestellt, sondern auf den unmittelbar strafrealisierenden Bereich des Vollzugs.

In einer weiteren Entscheidung[4], die den Unterschied zwischen Einwendungen gegen die Strafvollstreckung und solchen gegen den Strafvollzug betraf,übernimmt

---

1) RG St 63 S. 167 ff. (168)
2) BGH St 2o S. 64 ff.
3) BGH St 19 S. 148 ff.
4) BGH St 19 S. 24o/241.

der Bundesgerichtshof die Formulierung des Bayer. Obersten Landesgerichts[1], wonach unter Strafvollstreckung "die rechtliche Möglichkeit der Verwirklichung des Urteilsausspruchs an einer bestimmten Person", nicht aber "die im Einzelfall angewendeten Vollstreckungsmaßnahmen" selbst zu verstehen seien.

3. Die mit dieser Frage befaßten Erkenntnisse höherer Gerichte geben ebenfalls kein klares Bild. Nach einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 25. Januar 1891[2] sollen während des Laufs der Bewährungsfrist Handlungen zulässig sein, die die Durchführung der "Vollstreckung" vorbereiten, "unmittelbare Vollstreckungshandlungen" dagegen seien unzulässig. Das Gericht unterscheidet demnach zwischen unmittelbaren und bloß mittelbaren Vollstreckungshandlungen, wobei unter ersteren offenbar die strafrealisierenden Anordnungen zu verstehen sind, mithin solche im Rahmen des Strafvollzugs. In einer jüngst ergangenen Entscheidung[2a] stellt das Gericht fest, es gebe keinen Erfahrungssatz des Inhalts, daß mit dem "Vollzug" einer Freiheitsstrafe nicht abgeschreckt werden könne, womit bewußt auf den eigentlichen Freiheitsentzug, seine Folgen und Auswirkungen hingewiesen werden soll.
Das OLG Kassel[3] übernahm die schon vom Reichsgericht[4] geprägte Formulierung, wonach die Strafvollstreckung die Gesamtheit der Maßregeln umfasse, die die Strafverbüßung durchführen, verzichtete im übrigen jedoch, ebenso wie das OLG Hamburg[5], auf eine Auseinandersetzung mit der Terminologie.

---

1) BayObLG St 3 S. 23/24.

2) Zitiert bei Stumpf, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, BlfGk Bd. 64 (1933) S. 3 ff. (35,Fußnote 1).

2a) BayObLG JZ 1968 S.388 ff.(389).

3) OLG Kassel HESt 2 S. 175 ff. (18o).

4) RG St 3o S. 135.

5) OLG Hamburg GA 1964 S. 247.

II. Auch im Schrifttum herrscht keine Einhelligkeit über die in Frage stehenden Begriffe, doch soll nicht verkannt werden, daß man gerade hier sich oft um eine klärende Sprachregelung bemüht hat und sie inzwischen fast erreicht zu haben scheint.

1. Frühe Kommentatoren des Strafgesetzbuches sind im Gebrauch der Termini noch sehr großzügig, obwohl schon Planck eine zwar knappe, aber deshalb nicht weniger treffende Differenzierung vorgenommen hat. Er räumt ein, daß "Vollstreckbarkeit" der Sprache nach die Ausführbarkeit des Urteils überhaupt bedeuten könne, meint aber, dies sei ein "nicht gehörig abgegränzter Begriff" und deshalb bezeichne Vollstreckbarkeit den Zeitpunkt, "wo die zur Vollziehung berechtigte Behörde dieselbe beginnen darf"[1].

Oppenhoff gibt in seiner Kommentierung zu § 22 StGB dem Verurteilten die Möglichkeit, gegen die in ungesetzlicher Weise stattfindende "Vollstreckung" der Strafe in Einzelhaft das Gericht anzurufen, bestreitet ihm aber das Recht, die "Vollziehung" der Strafe in Einzelhaft zu fordern[2]. Frank[3] und Olshausen[4] gebrauchen in dem gleichen Zusammenhang ausschließlich den Terminus "Vollstreckung", und Olshausen, der hervorhebt, die Einzelhaftanordnung sei nicht Sache des Richters, sondern stehe im Ermessen der Gefängnisverwaltung, hält die Einzelhaft für eine "Strafvollstreckungsart"[5], obwohl es sich

---

1) J.W. Planck, Systematische Darstellung,§ 2o4, S. 62o.

2) Oppenhoff, Strafgesetzbuch,§ 22 Anm. 2 und 3, S. 62.

3) Frank, Strafgesetzbuch,§ 22, S. 47.

4) Olshausen, Strafgesetzbuch, 1. Band, § 22; ebenso schon in der 1. Auflage, 1. Band (Berlin 188o), § 22.

5) Olshausen, a.a.O., § 22 Anm. 4.

um eine - wie auch von ihm zugestanden - innerhalb der Strafanstalt von der Anstaltsleitung gegenüber dem Strafgefangenen angeordnete Art des Freiheitsentzugs handelt.

Meves sieht in der Strafvollstreckung die "thatsächliche Zufügung derjenigen Nachteile, welche das Strafurtheil ... gegen den Täter festgesetzt hat"[1] und faßt damit unter den Begriff sowohl die die Strafverbüßung einleitenden als auch die sie durchführenden Maßnahmen. Er gebraucht beide Begriffe synonym, indem er bei seinen Untersuchungen über den Beginn staatlicher Zugriffsmöglichkeit auf den Verurteilten zum Zweck der Strafverbüßung einmal vom Beginn der Strafvollstreckung, dann wieder vom Beginn des Strafvollzugs spricht[2].

Ebenso undifferenziert heißt es bei von Kries, im Strafvollzug sei nicht von Parteien und Gericht, sondern von einer Obrigkeit die Rede, "welche die Vollstreckung vornimmt"[3]. An anderer Stelle jedoch hebt er hervor, Strafvollstreckung - im Sinne der Strafprozeßordnung - bedeute gerade nicht die Ausführung selbst, sondern nur die Fürsorge dafür, d a ß vollstreckt werde[4].

Nicht minder widersprüchlich ist die begriffliche Fassung bei Birkmeyer. Er bezeichnet die Realisierung des Inhalts einer richterlichen Entscheidung gleichwertig als "Vollstreckung (oder Vollziehung) oder Exekution"[5], läßt die "Vollziehung"

---

1) Meves, Strafvollstreckung, in: von Holtzendorff, Handbuch, 2. Band, S. 469.

2) Meves, a.a.O., S. 47o/471.

3) von Kries, Strafprozeßrecht, S. 2.

4) von Kries, a.a.O., S. 763.

5) Birkmeyer, Strafprozeßrecht, § 1o3 Abschn. I 1, S. 745.

der Freiheitsstrafen durch Gefängnisbeamte geschehen, die die Freiheitsstrafen in den von den Gerichten getrennten Anstalten "vollstrecken"[1], und die Frage nach dem "Inhalt der Strafvollstreckung" habe dahingehend zu lauten, wie die Strafe "auf dem Wege der Vollstreckung"[2] näher auszugestalten sei.
Nach Sauer sind die Ausdrücke ebenfalls als solche gleichbedeutend "und auch sonst wohl mißverständlich"[3], und Stenglein stellt fest, die Todesstrafe werde durch Enthaupten "vollstreckt", für die näheren Modalitäten des "Vollzugs" sei aber die Landesgesetzgebung maßgebend[4].
Allmählich schält sich jedoch in der Literatur eine klarere Begriffsbildung heraus. Klein gibt eine beachtenswerte Definition, indem er betont, bei der Verwirklichung des Eingriffs in die Freiheit des Verurteilten seien auseinanderzuhalten a) der Betrieb und die Anordnung des Eingriffs bis zur Überlieferung des Delinquenten in die Strafanstalt, "die Strafvollstreckung im engeren Sinne", und b) die infolge dieser Tätigkeit der Strafvollstreckungsbehörde eintretende Vollziehung der Freiheitsstrafe..., der sogenannte Strafvollzug"[5], der dem Urteil erst seinen eigentlichen Inhalt gebe. Ähnlich differenziert Kiesow[6] zwischen der Strafdurchführung als solcher und den damit einhergehenden, gegen den Gefangenen innerhalb der Anstalt getroffenen Einzelanordnungen. Es sei ein allgemeiner Grundsatz jeder

---

1) Birkmeyer, Strafprozeßrecht, § 1o3 Abschn. II 2 b), S. 753.

2) Birkmeyer, a.a.O., § 1o5 Abschn. I, S. 755.

3) Sauer, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929) S. 552; er behält die Termini jedoch in Anlehnung an den Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927 weitgehend bei.

4) Stenglein, Strafprozeßordnung, § 486, S. 67o.

5) Klein, Verwaltung und Strafvollzug in den preußischen Justizgefängnissen, Einleitung, Abschn. I 2, S. 1.

6) Kiesow, Jugendgerichtsgesetz, §16 Anm. 2, S. 122.

"Strafvollstreckung", daß durch den "Strafvollzug" die Erziehung des Jugendlichen gefördert werde.

Auch Hansen hebt hervor, die Strafvollstreckung habe eine materiell-rechtliche und eine formal-rechtliche Seite. Die materiellen Vorschriften bestimmten Wesen und Inhalt der zu verhängenden Strafe, die formellen Vorschriften gäben Mittel und Wege an die Hand, mit deren Hilfe "das materielle Recht des Strafvollzugs"[1] in Bewegung gesetzt werden könne. Letzteres bezeichnet er als Strafvollstreckung im engeren Sinne.
Löwe[2] rechnet zur Strafvollstreckung die Vorschriften über Betrieb und Anordnung derselben und den Erlaß der hierbei erforderlich werdenden Entscheidungen. Die Vorschriften über den Inhalt der Strafvollstreckung, "d.h. darüber , worin die Vollstreckung einer bestimmten Strafe zu bestehen habe", sollte dem noch zu erlassenden Strafvollzugsgesetz vorbehalten bleiben. Er sieht folglich im Strafvollzug den materiellen Inhalt der Strafvollstreckung[3].

Kriegsmann[4] ist der Ansicht, es handele sich bei der Strafvollstreckung lediglich um die formellen Voraussetzungen des rechtmäßigen Strafvollzugs, wobei er den Umfang der Strafvollstreckung jedoch sehr eng faßt, indem er sie mit der Anordnung des

---

1) Hansen, Die Strafvollstreckung, in: Bumke, Gefängniswesen, S. 124.

2) So schon in der 1. Auflage seines Kommentars zur Strafprozeßordnung (Berlin 1879), Vorb. zu § 481 Anm. 3 a), S. 9o7.

3) Bezeichnenderweise beschränkt sich Löwe in den ersten Auflagen seines Kommentars unter § 49o allein auf die Untersuchung von Einwendungen gegen die Strafvollstreckung. Erst später wird auch darauf eingegangen, wie Einwendungen gegen die Art des Strafvollzugs zu behandeln seien; vgl. 1o. Auflage (Berlin 19oo), bearbeitet von A. Hellweg, § 49o Anm. 2 a), S. 968.

4) Kriegsmann, Gefängniskunde, Sechstes Kapitel I, S. 12o ff.

Vollzugs enden läßt[1]. Er bezieht sich dabei aber offensichtlich nur auf die in der Strafprozeßordnung geregelten Betriebsanordnungen im Rahmen der Strafvollstreckung, die in der Tat mit Beginn des Vollzugs ihr Ende finden. Denn daß er den Terminus "Vollstreckung" auch in einem weiteren Sinne gebraucht, zeigt seine Bemerkung, der "Strafvollzug" sei zur "Vollstreckung" von Strafurteilen berufen[2].

Wohl am ausführlichsten hat sich Stumpf[3] mit der Abgrenzungsproblematik auseinandergesetzt, der dabei zu dem Ergebnis gelangt, man habe unter Strafvollstreckung die Summe all der Maßnahmen zu verstehen, die der "Durchführung des von den zuständigen staatlichen Organen verhängten, rechtskräftigen Strafurteils" dienen, "mit Ausnahme der reinen Verwirklichung (Vollzug) der Strafen"[4]. Im Strafvollzug sieht er die "selbständige Verwirklichung des durch rechtskräftiges Urteil festgesetzten staatlichen Strafanspruchs", womit er jegliche Überwachungsfunktion der Vollstreckungs- über die Vollzugsbehörde ablehnt und letztere unter den Oberbegriff Strafrechtspflege gleichwertig neben Rechtsprechung und Vollstreckung stellt[5].

2. Ein Blick auf das jüngere Schrifttum mag verdeutlichen, daß sich immer mehr eine begriffliche Klarheit und Einheitlichkeit abzeichnet.
So versteht Peters, ausgehend von der Dreiteilung

---

1) Kriegsmann, Gefängniskunde, Sechstes Kapitel I, S. 123.

2) Kriegsmann, a.a.O., S. 122.

3) Stumpf, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, BlfGk, Bd. 63 (1931) S. 3 ff. und Bd. 64 (1933) S. 3 ff.

4) Stumpf, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, BlfGk, Bd. 64 (1933) S. 3 ff. (71).

5) Stumpf, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, BlfGk, Bd. 63 (1931) S. 38/39.

des Strafrechts in Strafandrohung, Strafausspruch und Strafvollzug, unter Vollstreckung die Regelung der Durchführungsgrundlagen und unter Vollzug die Regelung der Durchführung selbst[1]. Schäfer ist der Ansicht, aus dem Wortsinn von "Strafvollstreckung" müsse gefolgert werden, daß hiervon grundsätzlich alle Maßnahmen erfaßt werden, die zur Verwirklichung der im Urteil festgesetzten Unrechtsfolgen erforderlich seien[2]. So gesehen bestünde die Aufgabe der Vollstreckungsbehörde nicht nur in der Herbeiführung, sondern auch in der Durchführung der Vollstreckung.
Für die Verwirklichung der Freiheitsstrafen macht er jedoch eine Ausnahme. Hier unterscheidet auch Schäfer zwischen der Herbeiführung und Überwachung der Strafdurchführung, das allein habe der Terminus "Vollstreckung" zum Inhalt und der von der Vollzugsbehörde in eigener Verantwortung wahrzunehmenden und der Überwachung der Vollstreckungsbehörde entzogenen Tätigkeit, die darin bestünde, "die den gesetzlichen Rahmen ausfüllenden Vollzugsvorschriften zur Anwendung zu bringen"[3].
Eb. Schmidt unterstreicht die Notwendigkeit, terminologisch und sachlich zwischen Strafvollstreckung und Strafvollzug zu unterscheiden und sieht im Vollzug - in Anlehnung an Kohlrausch[4] - die "Verwirklichung des Urteilsinhalts" am Verurteilten. Die

---

1) Peters, Strafprozeß, § 78 IV Anm. 3 e), S. 607; ähnlich in: Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S. 63 ff. (70): "Umsetzung der Strafe in den Vollzug (Vollstreckung) und Durchführung der Strafe (Vollzug)"; vgl. schon: Peters, Reichsjugendgerichtsgesetz, Vorb. 1 vor § 56, S. 156.

2) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2. Band, Vorb. § 449 Anm. 2 vor a).

3) Schäfer, a.a.O., Anm. 2 b) a.E.

4) Kohlrausch, Strafprozeßordnung, Vorb. I/II vor § 449.

Strafvollstreckung dagegen sei die auf verfahrensrechtlichen Normen beruhende Tätigkeit, die dazu diene, den Vollzug in Gang zu bringen und zu überwachen[1]. Kern faßt den gesamten, dem Urteil nachfolgenden Bereich der Strafverwirklichung unter den Oberbegriff "Strafvollstreckung im weiteren Sinne", der in die Strafvollstreckung im engeren Sinne und den Strafvollzug zerfalle. Dieser habe die "Durchführung im einzelnen" zu bewerkstelligen, jener regele Einleitung sowie Überwachung der Urteilsausführung[2].
Dallinger-Lackner[3], die sich gleichfalls eingehend mit den Differenzierungsmöglichkeiten auseinandersetzen, unterscheiden zwischen der "Vollstreckung" als dem die Strafdurchführung erfassenden Gesamtvorgang und dem "Vollzug" als der unmittelbaren Verwirklichung des Erkannten. Darüber hinaus bezeichnen sie die auf Herbeiführung des Vollzugs mittelbar gerichtete Tätigkeit als "Betrieb der Vollstreckung", wozu etwa die Ladung des Verurteilten zum Strafantritt, seine Einweisung in eine Anstalt, die Veranlassung von Fahndungsmaßnahmen oder die Überwachung von Art und Dauer der Freiheitsentziehung zu rechnen seien. Auf eine Kurzformel gebracht heißt es hier, vollstreckt werde die Entscheidung, vollzogen das, worauf in der Entscheidung erkannt sei[4].

---

1) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Teil II, Vorb. vor § 449 Anm. I 1 und 2; ebenso in: Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449 Rdnr. 2.

2) Kern, Strafverfahrensrecht, § 58, S. 252.

3) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Vorb. zu § 82 Anm. 1, S. 686.

4) Dallinger-Lackner, a.a.O., Vorb. zu § 82 Anm. 1, S. 686.

E. Zusammenfassung und Ergebnis

Es hat sich gezeigt, daß die begriffliche Erfassung des der Urteilsverkündung nachfolgenden Stadiums der Verwirklichung von Freiheitsstrafen erhebliche Schwierigkeiten bereitet hat und noch bereitet. Dies findet seine Ursachen zum einen in der Verkennung des funktionalen Unterschiedes zwischen der unmittelbaren Strafrealisierung und den lediglich einleitenden und überwachenden Maßnahmen, zum anderen aber darin, daß sich oft klare Abgrenzungskriterien nicht finden lassen. Umfaßt doch, auch nach der hier vertretenen Auffassung, die Strafvollstreckung im weiteren Sinne sowohl die Einleitungs- und Überwachungsaufgaben als auch diejenigen der unmittelbaren Strafverwirklichung. Lediglich solche Maßnahmen, die ohne jeden unmittelbaren Bezug zum Bereich der Gefangenenbehandlung stehen, gehören zum Betrieb der Vollstreckung, und diejenigen, die den Verurteilten ausschließlich in seinem Status als Gefangener tangieren, sind Maßnahmen im Rahmen des Vollzugs.

Eine derartige Differenzierung führt dazu, bestimmte Vorgänge mit dem Terminus "Vollstreckung" zu erfassen, obwohl das Schwergewicht auf der unmittelbaren Strafrealisierung, dem Vollzug, liegt. Nr. 56 DVollzO etwa behandelt die Führung von Gefangenenbuch und Gefangenenkartei und schreibt u.a. die Eintragung der Entscheidung vor, die Grundlage der "Vollstreckung" ist sowie die zu "vollstreckende" Strafe und die für die "Vollstreckung" bedeutsame Zeitspanne des "Vollzuges". Es ist ersichtlich, daß das Hauptgewicht dieser Bestimmung auf dem Geschehen in der Anstalt liegt, gleichwohl wird nur einmal der Terminus "Vollzug" gebraucht.

Doch ist in der Tat das Urteil, die Entscheidung, nicht allein Grundlage für das Tätigwerden der Vollzugs-, sondern auch der Vollstreckungsorgane und somit Voraussetzung für den Gesamtvorgang der Strafverwirklichung, folglich den der "Vollstreckung". Wird aber in das Gefangenenbuch die Zeitspanne der Strafverbüßung eingetragen, so kann es sich nur um die vom Verurteilten innerhalb der Strafanstalt verbrachte Zeit handeln, mithin um die des "Vollzugs". Es wäre allenfalls in Erwägung zu ziehen, statt von einer zu vollstreckenden von der zu vollziehenden Strafe zu sprechen; denn die Eintragung im Gefangenenbuch hat Art und Dauer der Strafe zum Inhalt, bestimmt also in groben Zügen, wie an dem Gefangenen für welche Zeitspanne die Strafe zu verwirklichen, zu "vollziehen" ist.
Das gleiche gilt für die Vorschrift des § 33 Abs. IV Nr. c) StVollstrO, wonach der Vorführungs- oder Haftbefehl "Art und Dauer der zu vollstreckenden Strafe" enthalten muß.

Ist man sich jedoch der Tatsache bewußt, daß der Terminus Vollstreckung einen Oberbegriff bildet und von Vollzug nur dort die Rede sein kann, wenn unmittelbar den Gefangenen berührende Anordnungen infrage stehen, so wird deutlich, daß in Zweifelsfällen dem Terminus Vollstreckung der Vorzug zu geben ist. Dann erscheint es auch nicht mehr widersprüchlich, wenn nach § 32 StVollstrO die "Vollstreckung" kurzer Freiheitsstrafen über das Wochenende mit der Klammerdefinition "Wochenendvollzug" erfaßt wird und die Richtlinien hierzu[1] die Voraus-

---

1) Richtlinien für die Bewilligung und die Durchführung des Wochenendvollzugs (§ 32 StVollstrO) vom 1. Juni 1965, in bundeseinheitlicher Fassung von den Ländern eingeführt; vgl. etwa Berlin, Amtsblatt 1965, S. 615; Rheinland-Pfalz, Justizblatt 1965, S. 113.

setzungen festlegen, unter denen die Vollstreckungsbehörde Freiheitsstrafen "im Wege des Wochenendvollzugs vollstrecken" kann. Bedeutet doch der Begriff Wochendendvollzug lediglich die unmittelbare Strafrealisierung von Sonnabend bis Montagmorgen, also Aufnahme und Verbleib des Verurteilten für diese Zeitspanne in der Vollzugsanstalt. Weil aber im Rahmen dieser Wochenendverbüßung nicht allein die den Vollzugszwecken dienenden Anordnungen getroffen werden, sondern darüber hinaus auch jene, die die Verbüßung einleiten, überwachen und zum Ende führen, ist die Formulierung gerechtfertigt, die Strafe werde im Wochenendvollzug vollstreckt, selbst wenn das Schwergewicht, wie auch hier, auf dem eigentlichen Vollzug liegt.

Theoretisch kann eine Differenzierung vorgenommen werden zwischen reinen Betriebsanordnungen und denen der Strafverbüßung unmittelbar dienenden. Beide zusammen füllen den Gesamtvorgang aus, der von der Urteilsfällung bis hin zur letzten, den zu Freiheitsstrafe Verurteilten betreffenden Maßnahme reicht und der als Strafvollstreckung im weiteren Sinne zu erfassen ist. An sich ist also der Vollzug ein Teil der Vollstreckung, die Vollstreckung ohne Vollzug nur Betrieb der Vollstreckung.

Demgemäß ist es nicht korrekt, wenn man Fahndungsmaßnahmen, Strafzeitberechnung, Überführungs- oder Aufnahmeersuchen als Vollstreckungshandlungen qualifiziert, streng genommen sind sie Betriebsanordnungen im Rahmen der Strafvollstreckung. Derartige Maßnahmen vermögen aber auch - denkt man etwa an die Ladung zum Strafantritt[1] - den Verurteilten unmittelbar zu tangieren, weshalb es richtiger erscheint, all diejenigen Maßnahmen, die innerhalb der Strafanstalt von den hier zuständigen Be-

---

1) Vgl. § 27 StVollstrO.

hörden gegenüber dem Gefangenen getroffen werden und die der Ausgestaltung des Freiheitsentzugs im Einzelfall dienen, als Vollzugshandlungen zu qualifizieren; diejenigen Anordnungen jedoch, die lediglich die "formelle" Seite der Strafdurchführung oder aber darüber hinaus a u c h die "materielle" - nicht diese allein - betreffen, sind solche der Strafvollstreckung.
Mithin ist das, was innerhalb der Anstalt an und mit dem Verurteilten in Verfolg der verhängten Strafe geschieht, nicht als Vollstreckungs-, sondern als Vollzugsakt zu qualifizieren. Es bedeutet weiterhin, daß in den Fällen, da von einer zu "vollstreckenden" Freiheitsstrafe die Rede ist, nur der Gesamtvorgang "Strafrealisierung" gemeint sein darf, dann aber, wenn allein Art und Weise des Freiheitsentzugs infrage stehen, der Terminus "vollziehen" zu gebrauchen ist.

Unter diesem Gesichtspunkt wird verständlich, wenn § 3 Abs. I StVollstrO bestimmt, die Vollstreckungsbehörde treffe die Maßnahmen, die "zur Durchführung der Entscheidung" erforderlich seien, und Abs. II klarstellend ergänzt, ihre Verantwortlichkeit erstrecke sich nicht auf "den besonderen Pflichtenkreis der Vollzugsbehörde". Dieser besondere Pflichtenkreis ist weder gesetzlich umrissen noch hat er sonst eine Konkretisierung gefunden, als Richtschnur zu seiner Ausfüllung lassen sich aber diejenigen Vorschriften der Dienst- und Vollzugsordnung heranziehen, die die Art und Weise des Vollzugs betreffen oder sich auf die Behandlung des Gefangenen unmittelbar auswirken[1]. Zwar dienen die

---

1) Etwa die ärztliche Betreuung während des Vollzugs, vgl. Nr'n 22 bis 24 DVollzO, die seelische und geistige Betreuung, Nr'n 25 bis 29 DVollzO, oder die Gewährung von Vergünstigungen, Nr. 62 DVollzO.

in diesem Rahmen getroffenen Anordnungen letztlich auch der "Durchführung der Entscheidung", sie ergehen jedoch im "besonderen Pflichtenkreis der Vollzugsbehörde" und obliegen demzufolge nicht mehr den Vollstreckungsorganen.

Es handelt sich gleichsam um ein Problem der Spezialität, das heißt, alles, was im Rahmen der Urteilsrealisierung in unmittelbarem Bezug zur Strafverbüßung steht und die Behandlung des Gefangenen allgemein oder im Sinne der Übelszufügung oder der Besserung und Erziehung zum Inhalt hat, gehört zum Strafvollzug. Jede darüber hinausreichende Funktionswahrnehmung ist begrifflich als Strafvollstreckung oder Betriebsanordnung im Rahmen der Vollstreckung zu erfassen.

4. Abschnitt: Aufgaben und Organisation von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung

Bislang ist versucht worden, Strafvollstreckung und Vollzug unter Heranziehung einiger Beispiele mehr theoretisch gegeneinander abzugrenzen. Eine rechtliche Qualifizierung ließe sich jedoch kaum sinnvoll durchführen, wüßte man nicht um die Funktionen im Rahmen von Vollstreckung und Vollzug und die organisatorische Abwicklung innerhalb derselben. Deshalb soll eine Darlegung der Aufgaben und Organisation von Strafvollstreckung und Vollzug den weiteren Untersuchungen vorangestellt werden.

B. Funktionen im Rahmen von Strafvollstreckung und Strafvollzug

I.1. Was im Erwachsenenstrafrecht zum Betrieb der Strafvollstreckung gehört, ist unschwer den Vorschriften von Strafprozeß- und Strafvollstreckungsordnung zu entnehmen.

a. Grundsätzlich soll die Vollstreckungsbehörde die zur Einleitung der Strafvollstreckung erforderlichen Akten erst aus der Hand geben, wenn sie die erforderlichen Vollstreckungsmaßnahmen in die Wege geleitet hat[1]. Hierzu gehören etwa die Ladung zum Strafantritt, sofern der Verurteilte sich auf freiem Fuße befindet - andernfalls ist seine Überführung in die zuständige Vollzugsanstalt zu veran-

---

1) § 15 StVollstrO.

lassen - die Einweisung durch ein Aufnahmeersuchen in die zuständige Anstalt, sowie der Erlaß eines Vorführungs- oder Haftbefehls, wenn der Verurteilte sich trotz Ladung ohne ausreichende Entschuldigung nicht zum Strafantritt gestellt hat[1]. Ist der Verurteilte flüchtig oder hält er sich verborgen, so kann die Vollstreckungsbehörde einen Steckbrief erlassen[2]. Auch muß sie darüber wachen, daß Art und Dauer der Strafhaft dem Urteilserkenntnis entsprechen und ist für die richtige Berechnung der Strafzeit verantwortlich[3].
Darüber hinaus hat sie die Möglichkeit, den Vollzugsbeginn aufzuschieben, wenn dies durch Vollzugsuntauglichkeit des Verurteilten geboten erscheint oder ihm - oder seiner Familie - durch den sofortigen Vollzug erhebliche, außerhalb des Strafzwecks liegende Nachteile erwachsen würden[4]. Sie kann eine Unterbrechung der Strafvollstreckung anordnen - mit der Folge, daß die Zeit der Unterbrechung des Vollzugs nicht mehr als Strafzeit zählt - wenn der Gefangene wegen bestimmter Erkrankungen vollzugsuntauglich ist und die Vollzugsbehörde seine Verlegung in eine Krankenanstalt beabsichtigt oder durchgeführt hat[5] und vermag von der Vollstreckung der Freiheitsstrafe völlig abzusehen, sofern die Auslieferung des Verurteilten an eine ausländische Regierung oder seine Ausweisung aus dem Geltungsbereich der Strafprozeßordnung in Betracht kommt[6].

---

1) Vgl. im einzelnen §§ 27 bis 3o, 33 StVollstrO, 457 StPO.

2) §§ 457 StPO, 34 StVollstrO.

3) § 36 StVollstrO.

4) §§ 455, 456 StPO.

5) Vgl. §§ 45, 46 StVollstrO, Nr'n 119, 12o DVollzO; in einem solchen Falle kommt der Justizfiskus nicht mehr für die Kosten der Unterbringung und Behandlung der Gefangenen in einer Krankenanstalt oder Heil- und Pflegeanstalt auf, vgl. § 46 Abs. II S. 1, II S. 3 StVollstrO.

6) Vgl. §§ 456 a StPO, 17 StVollstrO.

Hat der Verurteilte einen dahingehenden Antrag gestellt oder hält es die Vollstreckungsbehörde von sich aus für vertretbar, eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Wochen nicht ununterbrochen zu vollziehen, so kann sie diese im Wochenendvollzug, also nacheinander in der Zeit von Sonnabend bis Montagmorgen, vollziehen lassen. Örtliche und sachliche Vollzugszuständigkeit ergeben sich aus dem Vollstreckungsplan, von dem nur aus wichtigen Gründen und mit Zustimmung der höheren Vollzugsbehörde abgewichen werden darf[1].

b. Sind die bislang aufgezeigten Maßnahmen typischerweise zum Betrieb der Strafvollstreckung zu rechnen und wurde festgestellt[2], der richtig verstandene weitere Vollstreckungsbegriff habe nicht allein die reinen Betriebsanordnungen zum Inhalt, sondern darüber hinaus jegliche mit der Verwirklichung des auf Freiheitsstrafe lautenden Urteils verbundene Funktionswahrnehmung, die sich nicht als Vollzug im engeren Sinne darstellt, so bietet sich an dieser Stelle die Überlegung, ob auch die Durchführung der Maßnahmen im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung und der Aussetzung des Strafrestes (§§ 24 - 26 StGB) als Vollstreckungshandlungen qualifiziert werden können.

aa) Sofern die im § 23 StGB in Umrissen vorgezeichneten Voraussetzungen gegeben sind, kann das Gericht die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe aussetzen[3].

---

1) Vgl. §§ 22 bis 24, 26 StVollstrO.

2) Vgl. oben 3. Abschnitt E S. 6o ff.

3) Die Strafaussetzung zur Bewährung wurde durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 (BGBl.I S. 735) eingeführt; ihre derzeitige Ausgestaltung beruht auf dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl. I S.645).Die Entscheidung hierüber ist Teil des Urteils und unterliegt dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel; vgl. § 26o Abs. IV S. 2 StPO, sowie BGH NJW 1954 S. 4o.

Auf das bis heute umstrittene Wesen dieses neuen Rechtsinstituts braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden[1], da entscheidend auf die mit der Gewährung der Strafaussetzung einhergehenden Folgen abzustellen ist. Im Falle der Aussetzung der Straf v o l l s t r e c k u n g zur Bewährung - so müßte es korrekterweise lauten - wird dem Verurteilten der Freiheitsentzug erspart, um ihn zu bessern und erzieherisch auf ihn einzuwirken. Sie stellt einen Versuch dar, den Straftäter unter bedingtem Verzicht auf Verbüßung der Freiheitsstrafe zu resozialisieren.
Macht der Richter hiervon Gebrauch, dann wird - und das ist der Sinn dieser "Aussetzungsstrafe" - vom Vollzug zwar abgesehen, der Verurteilte wird jedoch - regelmäßig jedenfalls - nicht völlig aus staatlicher Obhut entlassen, sondern es wird eine Phase eingeleitet, die einem Rückgriff auf den Täter bei Vorliegen bestimmt normierter Gründe[2] jederzeit offensteht. In diesem Abschnitt von der Zuerkennung der Strafaussetzung bis zum Ablauf der Bewährungsfrist wird nicht die erkannte, sondern die "Aussetzungsstrafe" verwirklicht.

Hat das Gericht Auflagen oder Weisungen erteilt,so ist es auch verpflichtet, deren Einhaltung zu überwachen. Hierbei wird eine gewisse Parallelität der jeweiligen Vollstreckungsform offenkundig: das Gericht übernimmt die Funktion des das Nachurteils-Stadium Leitenden, der dem Erziehungsanliegen- neben

---

1) Zur Streitfrage vgl. BGH NJW 1954 S. 39 ff; Jagusch Über die Strafaussetzung zur Bewährung, JZ 1953 S. 688 ff.; Lackner, Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953 S. 428 ff.; Bruns, Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956 S. 193 ff. (2o1 ff.), sowie: Strafrichterliche Auflagen, GA 1959 S. 193 ff. (218 ff.); Heinitz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils, ZStW 7o (1958) S. 1 ff. (1o ff.); Vrij, Zum Problem der Strafaussetzung, ZStW 66 (1954) S. 218 ff.

2) Vgl. über die Voraussetzungen des Widerrufs der Strafaussetzung § 25 Abs. I StGB, sowie OLG Düsseldorf NJW 1967 S. 138o.

dem Straf- und Sühnegedanken - gerecht zu werden hat.

Die Stellung des Richters ist vergleichbar mit der der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörde bei Durchführung des verhängten Freiheitsentzugs. Was in der Strafanstalt tägliche Beaufsichtigung des Gefangenen bedeutet, stellt sich hier als Überwachung der mit der Strafaussetzung verbundenen Auflagenerteilung dar. Das Gericht bestellt gemäß § 24 c StGB den Bewährungshelfer, der in unmittelbarem Kontakt mit dem Verurteilten dessen Lebensführung überwacht, ihm beratend und helfend zur Seite stehen und nachträgliche Entscheidungen nach §§ 24 a bis 24 c StGB anregen und vorbereiten soll[1].

Zwar ist die Vollzugsbehörde in der Ausgestaltung des Gefangenendaseins freier, und es ist in der Tat etwas "sinnhaft anderes"[2], ob der Verurteilte der Anstalt zugeführt oder in Freiheit belassen wird, auch ist zugestandenermaßen die Verschonung vom Freiheitsentzug der gewollte Regelfall, an der Durchführung der einmal erkannten Strafe ändert sich im grundsätzlichen jedoch nichts: die Strafe ist beide Male verhängt, der Täter ist vorbestraft - nur die Vollstreckung, nicht die Verurteilung ist bedingt - und beide Male unterliegt er staatlicher Aufsicht. Lediglich die äußeren Formen dieser Aufsicht sind verschieden: im Strafvollzug ist es die unmittelbare tägliche Reglementierung, für deren Einleitung die Vollstreckungs-, für deren Durchführung die Vollzugsbehörde verantwortlich ist; im Rahmen der Aussetzung erfolgt die Auflagenerteilung und die damit verbundene oder unabhängig davon mögliche Kenntnisnahme des Gerichts vom Vorliegen bestimmter Wider-

---

1) Hieran hat die Einfügung des § 453 b) StPO nichts geändert, vgl. § 453 b) Abs. I S. 2 StPO.

2) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, Vorb. vor §§ 23-26, Anm. II 8, S. 89.

rufsgründe, die zum Wegfall der Vollstreckungshemmung und mithin zur Vollstreckung der erkannten Strafe führt. Das Urteil wird nicht durch Entzug der Freiheit in einer Anstalt, sondern durch Beschränkung der Freiheit außerhalb einer solchen verwirklicht.
Ist auch die Einhaltung erteilter Anordnungen nicht erzwingbar, so ändert dies doch nichts daran, daß die Freiheit des Verurteilten insoweit beeinträchtigt ist, als er, will er von der Vollstreckung der erkannten Strafe verschont werden, all das unterlassen muß, was zu einem Widerruf der Strafaussetzung führen könnte.

Nicht von ungefähr sind Stimmen laut geworden, die die Bewährungszeit als Versuch eines "ambulanten Strafvollzugs"[1] auffassen und meinen, der Auflagenrichter nehme die Stellung eines Gefängnisdirektors ein[2]. Auch die Frage, ob sich der unter Bewährung Stehende in einem "quasi - Gewaltverhältnis" befinde, ist nicht unerörtert[3], und der Alternativentwurf charakterisiert den Eingriff in die Freiheit des Straftäters treffend als "mittelbaren Freiheitsentzug"[4].

---

1) Maassen, Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz, MDR 1954 S. 1 ff. (2 rechte Spalte).

2) So Vertreter der Erlanger Strafrechtslehrertagung vom 21. Mai 1959, zit. bei Bruns, Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959 S. 1393 ff. (1398).

3) Vgl. einerseits Schäfer in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Strafrecht und Strafverfahren, § 24 Anm. 2 b), S. 25, andererseits Bruns, Strafrichterliche Auflagen, GA 1959 S. 193 ff. (218 ff.).

4) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966, S. 79; ähnlich hieß es in der Begründung zum Entwurf 1925, der - damals vorgeschlagene - bedingte Erlaß werde "zu einem Gliede des ordentlichen Strafvollzugs" und trage dem Gedanken des stufenweisen Strafvollzugs Rechnung, vgl. Amtlicher Entwurf eines StGB 1925, zu § 36, S. 35, linke Spalte.

Eb. Schmidt[1] ist der Ansicht, in einem weiteren Sinne gehöre die Durchführung der Bewährungsauflagen in den Bereich des Strafvollzugs, wobei er offensichtlich auf die unmittelbaren Eingriffsmöglichkeiten des Strafrichters abstellt, und bei KMR[2] heißt es, die Auflagenüberwachung sei Strafvollstreckung, nämlich Vollstreckung einer Erziehungsstrafe. Auch nach Schäfer[3] steht begrifflich nichts im Wege, das Stadium der Bewährungszeit als Vollstreckung der "Aussetzungsstrafe" anzusehen, und das OLG Düsseldorf[4] folgert aus der Stellung der §§ 453 ff. StPO, daß auch der Gesetzgeber die Durchführung der Bewährungsauflagen als Vollstreckungsmaßnahmen angesehen habe.
Der Bundesgerichtshof[5] führte vornehmlich Zweckmäßigkeitserwägungen an, als er - entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf - die Überwachung der dem Verurteilten nach §24a.F.StGB gemachten Auflagen dem Gericht, nicht der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde übertrug[6], nachdem er in einer zuvor ergangenen Entscheidung[7] lapidar bemerkt hatte,

---

1) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449 Rdnr. 1, S. 647.

2) KMR, Strafprozeßordnung, Vorb. vor § 449 Anm. 1c).

3) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2. Band, § 453 Anm. 2 a).

4) OLG Düsseldorf, Rpfl. 1957, Nr. 82, S.3o4/3o5.

5) BGH Rpfl. 1957, Nr. 8o, S. 3oo/3o1.

6) Diese Streitfrage ist zwischenzeitlich vom Gesetzgeber durch Einfügung des § 453 b in die Strafprozeßordnung bereinigt worden, vgl. Art. 1o Nr. 1o des Strafprozeßänderungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 (BGBl. I S. 1o67).

7) BGH JZ 1956 S. 1o1.

die Strafaussetzungsentscheidung betreffe die Vollstreckung, nicht aber die Strafe.

Somit kann festgestellt werden, daß auch die zwecks Durchführung der der zur Bewährung ausgesetzten Strafe erforderlichen Maßnahmen Vollstreckungshandlungen im weiteren Sinne bilden. Hierzu gehören die Nachtragsentscheidungen über die Strafaussetzung gemäß § 453 StPO ebenso wie die Belehrung über ihre Bedeutung, über die Bewährungsfrist und etwaige Auflagen und Weisungen. Die Erteilung von Einzelweisungen an den Bewährungshelfer, die Überwachung der Lebensführung und Einhaltung der Auflagen und Weisungen sowie Erlaß oder Widerruf der Strafaussetzung bei Nichtbewährung sind gleichermaßen Bestandteil dieser Vollstreckungstätigkeit[1].

bb) Betrachtet man die Entscheidung gemäß § 26 StGB, wonach das Gericht unter den dort näher normierten Voraussetzungen die Aussetzung des Strafrestes (bedingte Entlassung) verfügen kann[2], so bietet sich ein ähnliches Bild. Das Vollstreckungsgericht entscheidet ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß nach Anhörung von Staatsanwaltschaft und Strafvollzugsbehörde (§ 454 Abs. I S. 2 StPO) darüber, ob ein Teil des Urteils nicht vollzogen werden soll.
Im wesentlichen bedeutet die Anordnung nach §26 StGB einen Verzicht auf vollständige Verbüßung der im Urteil festgesetzten Strafzeit, nicht aber eine nachträgliche Korrektur der tatrichterlichen Strafzu-

---

1) Vgl. im einzelnen §§ 25, 25 a StGB, 453 a, 453 b, 268 a Abs. II StPO.

2) Die Aussetzung des Strafrestes, früher im § 23 StGB geregelt, ist durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.August 1953 (BGBl I S. 735 ff.) in § 26 StGB als " bedingte Entlassung" neu gefaßt worden; die derzeit geltende Fassung des § 26 StGB beruht auf dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl I S. 645); zur Umbenennung der bedingten Entlassung in Aussetzung des Strafrestes vgl. Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Nachtragsband II zu Teil II, § 454 Nr. 1.

messungserwägungen[1]. Mit der bedingten Entlassung soll nicht etwa incidenter festgestellt werden, daß sich die Strafzumessungserwägungen als falsch erwiesen haben, das Gericht hat lediglich die Möglichkeit, in den Gang der Strafvollstreckung einzugreifen. Würde man die Entscheidung als eine nachträgliche Modifizierung des Strafausspruchs ansehen, so bedeutete dies letztlich, daß das rechtskräftige Urteil nur vorläufigen Charakter besessen hätte. Die staatliche Mißbilligung, die dem Täter durch den Urteilsspruch widerfahren ist, wird mit seiner vorläufigen Entlassung nicht eliminiert. Die Mißachtung wird lediglich auf andere Weise verwirklicht, "vollstreckt". In den Fällen, da es geboten erscheint, verzichtet der Staat auf die Realisierung der Strafe in Form des Freiheitsentzugs, er gibt die "eigentliche" Vollstreckung auf und leitet über zu einer anderen, ihm wirksamer erscheinenden Form, den Strafzwecken gerecht zu werden.

Auch in dieser neuerlichen Phase der Urteilsrealisierung hat er, wie die Verweisung im § 26 Abs. III StGB zeigt, die Möglichkeit, auf den Verurteilten durch Auflagen, Bewährungshelfer, Festsetzung der Bewährungszeit sowie Erlaß bzw. Widerruf der Strafe einzuwirken, so daß nunmehr eine "Kriminalbehandlung in Freiheit"[2] beginnt, für die gleichfalls der Begriff des "ambulanten Vollzugs" verwendet worden ist[3].

---

1) BGH St 6 S. 215 ff.; KG JR 1955 S. 272; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 26 Nr. 2; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, § 26 Anm. I; Jagusch in Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, § 26 Anm. 5 b); Dreher, Anm. zu Beschluß des KG vom 27. August 1954, JR 1955 S. 3o (31).

2) Simson, Die bedingte Freilassung, ZStW 67 (1955) S. 48 ff. (69).

3) Dreher, Anm. zu Beschluß des KG vom 27. August 1954, JR 1955 S. 3o (31).

Der Entwurf eines Strafgesetzbuches 1927 hatte bezeichnenderweise die Regelung der bedingten Entlassung einem Strafvollzugsgesetz überlassen, da es sich um eine "Maßnahme des Strafvollzugs"[1] handele, und wiederholt wird in Rechtsprechung[2] und Literatur[3] hervorgehoben, die bedingte Entlassung sei ihrem Wesen nach ein Akt der Strafvollstreckung, ihr liege der gleiche kriminalpolitische Gedanke wie der Strafaussetzung zur Bewährung zugrunde.

Beide Male steht im Vordergrund der Überlegungen der Verzicht auf Vollzug der Freiheitsstrafe, sei es nun von vornherein oder nach einer bestimmten Teilverbüßung. Hier wie dort wird eine Phase eingeleitet, die für Rückgriffe auf den Verurteilten und seine Beeinflussung offenbleibt, so daß durch die Anordnung nach § 26 StGB das Vollzugsübel zwar nachträglich korrigiert, nicht aber völlig aufgehoben wird.
Somit ergeben sich für die bedingte Entlassung und die mit ihr einhergehenden Tätigkeiten die gleichen Erwägungen wie zur Strafaussetzung zur Bewährung mit der Folge, daß auch die in diesem Rahmen getroffenen Anordnungen als solche der Vollstreckung im weiteren Sinne anzusehen sind.

---

1) Entwurf eines Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927, 6. Abschnitt, Vorb. vor §§ 4o ff., S. 36, rechte Spalte.

2) BayObLG NJW 1959 S. 1838.

3) Dreher, Anm. zu Beschluß des KG vom 27. August 1954, JR 1955 S. 31; Mittelbach, Die bedingte Entlassung, JR 1956 S. 165; KMR, Strafprozeßordnung, Vorb. vor § 449 Anm. 1 c); Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 26 Nr. 2, die in der 7. Auflage des Kommentars (München und Berlin 1954), § 26 Anm. I, noch von einer Strafvollzugsmaßnahme gesprochen hatten.

2.a. Auf die Vollstreckung von Jugendstrafen finden die Vorschriften der Strafvollstreckungsordnung grundsätzlich Anwendung. Von wenigen, in den Vollstreckungsrichtlinien[1] festgelegten Ausnahmen abgesehen,gilt also hinsichtlich des Vollstreckungsbetriebes das gleiche wie zum Erwachsenenstrafrecht dargelegt. Dabei wird, um eine Auflockerung des inneren Zusammenhangs zwischen Tat, Urteil und Vollstreckung durch Zeitablauf zu vermeiden und die beabsichtigte Wirkung der Strafe zu erzielen, besonderer Wert auf eine beschleunigte Vollstreckung gelegt.

b. Auch das Jugendrecht weist über diesen typischen Vollstreckungsbetrieb hinaus im Rahmen der Strafverwirklichung Besonderheiten auf, die einer näheren Erläuterung bedürfen.

aa) Der Jugendrichter kann, ebenso wie der Richter im Erwachsenenstrafrecht, die Vollstreckung einer bestimmten Jugendstrafe aussetzen, sofern die Prognose für einen künftig rechtschaffenen Lebenswandel des Jugendlichen aussichtsreich erscheint[2]. Anders als im Erwachsenenrecht ist er hier jedoch - trotz der Soll-Vorschrift des § 23 JGG - rechtlich verpflichtet , durch Bewährungsauflagen die Lebensführung des Jugendlichen zu beeinflussen, nur in besonderen Ausnahmefällen kann er von einer Auflagenerteilung absehen[3]. Grundsätzlich werden demnach in allen Fällen der Strafaussetzung vom Richter Be-

---

1) Richtlinien zu §§ 82 bis 85 JGG, abgedruckt bei Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Kommentierung zu § 85,S. 7o5 bis 711, vgl. Abschnitt II Nr. 6, S. 7o7.

2) Zu den Voraussetzungen im einzelnen §§ 2o, 21 JGG; zulässig ist allein die Aussetzung der gesamten Strafe; eine Teilaussetzung durch den erkennenden Richter ist im Gegensatz zum JGG 1923 nicht vorgesehen.

3) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 23 Rdnr. 1.

währungsauflagen in Form von Weisungen nach § 1o JGG oder besonderen Pflichten nach § 15 JGG angeordnet.

Seine Tätigkeit erschöpft sich aber nicht in der Auflagenerteilung, er hat weiterhin die Bewährungszeit zu bemessen und festzusetzen, er muß notfalls die Strafaussetzung widerrufen oder dem Bewährungshelfer Anweisungen erteilen, die für diesen bindend sind[1].
Damit wird, ebenso wie im Erwachsenenrecht, der Richter Herr des Aussetzungsverfahrens, das unter seiner Leitung verwirklicht werden muß. Auch hier bewirkt seine Aussetzungsentscheidung lediglich eine Modifikation der Vollstreckung[2], und es steht nichts im Wege, die infolge der Aussetzung erforderlichen Entscheidungen als Vollstreckungshandlungen im Rahmen der "Aussetzungsstrafe" anzusehen, obwohl auch sie in richterlicher Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit getroffen werden.
Mithin können die zur Strafaussetzung im Erwachsenenrecht dargelegten Grundsätze entsprechende Anwendung finden, so daß die damit einhergehenden jugendrechtlichen Maßnahmen gleichfalls als Vollstreckungsakte im weiteren Sinne zu qualifizieren sind.

bb) Das gleiche gilt von der Entlassung zur Bewährung während der Vollstreckung einer Jugendstrafe von bestimmter (§ 88 JGG) oder unbestimmter (§ 89 JGG) Dauer, die dem Jugendlichen nach Vollzug eines Teils der Strafe die Möglichkeit der Bewährung und damit eines Rest-Straferlasses eröffnen soll[3]. Der

---

1) Vgl. §§ 22 bis 26 JGG.

2) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 2o Rdnr. 2.

3) Zur Umwandlung der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer in eine bestimmte, vgl. § 89 Abs. III JGG.

Verurteilte wird für die Dauer der Bewährungszeit unter Bewährungsaufsicht gestellt (§ 88 Abs. V, 89 Abs. II JGG) und einem Bewährungshelfer zugeteilt, der in gleichem Maße wie bei der Strafaussetzung zur Bewährung seine Lebensführung sowie die Einhaltung der Auflagen zu überwachen hat.

Mithin stellt sich die bedingte Entlassung als "letzte Stufe eines konsequent durchgeführten progressiven Vollzugs"[1] dar, in dem an die Stelle täglicher Reglementierung "eine Spanne überwachter Freiheit"[2] getreten ist, um den Übergang des Gefangenen in die volle Freiheit vorzubereiten und zu erleichtern. Die Entlassungsanordnung bewirkt die Herausnahme aus der Anstalt und die Überleitung in einen neuen Abschnitt der Strafverwirklichung, in dem vornehmlich der Erziehungsgedanke im Vordergrund steht. Die damit einhergehenden Entscheidungen sind gleichfalls als Vollstreckungshandlungen im weiteren Sinne anzusehen[3].

cc) Eine weitere Besonderheit des Jugendrechts, die Ausnahme vom Jugendstrafvollzug , ist als Vollstreckungsakt zu qualifizieren. Der Vollstreckungsleiter hat die Möglichkeit, an dem zu Jugendstrafe Verurteilten, der das 18., aber noch nicht das 24. Lebensjahr vollendet hat, die Strafe nicht nach den Vorschriften über den Jugendstrafvollzug, sondern wie eine Erwachsenenstrafe vollziehen zu lassen.
Aus der Stellung der Vorschrift im Gesetz könnte man schließen, es müsse sich um eine Vollzugsmaßnahme handeln. Der Gesetzgeber hat nämlich das

---

1) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 88 Rdnr. 3.

2) Dallinger-Lackner, ebenda, Rdnr. 3.

3) Potrykus, Jugendgerichtsgesetz, Vorb. vor § 82 Anm. 2, S. 609; wohl auch Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Vorb. vor § 82 Rdnr. 1 a.E.

Dritte Hauptstück des Jugendgerichtsgesetzes (§ 82 ff.) in die Abschnitte Vollstreckung (§§ 82ff.) und Vollzug (§§ 9o ff.) aufgeteilt und die Ausnahmeregelung im Abschnitt Vollzug getroffen (§ 92 Abs. III JGG). Potrykus[1] ist offenbar der Ansicht, es handele sich um einen Vollzugsakt, denn er gewährt dem von der Anordnung Betroffenen lediglich die Dienstaufsichtsbeschwerde.

Dieser rein formale Einordnungsgesichtspunkt kann jedoch nicht über die Natur der Ausnahmeanordnung entscheiden. Es ist zu bedenken, daß die Maßnahme selbst keine unmittelbare Übelszufügung bedeutet, sie hat allenfalls eine solche zur Folge. Vollstreckung aber heißt gerade, daß die Voraussetzungen geschaffen werden, unter denen eine Strafe vollzogen werden kann. Wenn der Richter als Vollstreckungsleiter feststellt, daß der Verurteilte sich nicht mehr für den Strafvollzug eignet, etwa weil kein erzieherischer Erfolg mehr zu erwarten ist, so verwirklicht seine Anordnung nicht den Urteilsinhalt - Charakteristikum des Vollzugs - sondern bewirkt lediglich, daß durch die nun folgenden Maßnahmen die Realisierung der Strafe dort erfolgt, wo es am zweckmäßigsten erscheint. Es handelt sich demnach um eine typische Betriebsanordnung im Rahmen der Vollstreckung[2], an die erhöhte Anforderungen zu stellen ist, da die Einweisung des Verurteilten in eine Anstalt für Erwachsene in der Regel einschneidende Folgen hat.

dd) Der Jugendrichter ist bei der Ahndung von Delikten Jugendlicher aber nicht auf die Verhängung

---

1) Potrykus, Jugendgerichtsgesetz, § 92 Anm. 5, S. 672, § 85 Anm. 4, S. 629.

2) Vgl. Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 92 Rdnr. 28.

einer Jugendstrafe beschränkt, er kann sich auch der Zuchtmittel nach §§ 14 ff. JGG bedienen. Hierzu gehört u.a. der Jugendarrest, der in verschiedenen Formen als Freizeit-, Kurz- oder Dauerarrest verhängt wird. Er enthält infolge des vor allem unter pädagogischen Gesichtspunkten ausgestalteten Freiheitsentzugs Elemente der Strafe und der Erziehungsmaßregel und trägt somit zugleich sühnenden und erzieherischen Charakter[1].

Auch in diesem Rahmen werden Entscheidungen getroffen, die vollstreckungsrechtlichen Charakter tragen. Dazu zählen etwa die Umwandlung des Freizeitarrestes in Kurzarrest (§ 86 JGG) und das Absehen von der Vollstreckung des Rest-Arrestes nach § 87 Abs. III JGG. Beide Anordnungen werden, ebenso wie die Entlassungsentscheidungen nach §§ 88 und 89 JGG, vom Vollstreckungsleiter in richterlicher Unabhängigkeit erlassen, was aber nichts an ihrer Natur als Vollstreckungshandlungen ändern kann.

Die Umwandlungsanordnung nach § 86 JGG bewirkt, daß der gegen den jugendlichen Straftäter verhängte Arrest nicht während seiner Freizeit, regelmäßig in einer Woche oder mehreren Wochen nacheinander an den freien Tagen[2], sondern zusammenhängend vollzogen wird. Die Maßnahme betrifft folglich den Gesamtvorgang der Verwirklichung des Entscheidungsinhalts und stellt sich allenfalls im Ergebnis als Eingriff in die rechtskräftige Entscheidung dar.

Dabei wird jedoch nicht neu erkannt, es verbleibt bei derselben Ahndung der Straftat, lediglich die

---

1) BGH St 18 S. 207; im Schrifttum wird überwiegend der Standpunkt vertreten, auch bei den Zuchtmitteln handele es sich "materiell" um Strafe; vgl. Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 13 Rdnr. 3 a.E., mit weiteren Nachweisen.

2) Der Freizeitarrest wird auf mindestens eine Freizeit und höchstens vier Freizeiten bemessen, § 16 Abs. II JGG.

Form ein und desselben Zuchtmittels, Arrest, wird geändert. Der Vollstreckungsleiter kann die Umwandlung nicht unter Mißachtung des Umwandlungsmaßstabes nach § 16 Abs. III, S. 2 und 3 JGG vornehmen, was gerade einen Eingriff in die Urteilsfindung des erkennenden Richters bedeuten würde. Regelmäßig wird die Entscheidung vor Beginn des eigentlichen Vollzugs getroffen, da eine Umwandlung nach Verbüßung eines Teils des auf Freizeitarrest lautenden Urteils als unzweckmäßig erscheint.
Die Entscheidung nach § 87 Abs. III JGG sieht den Verzicht auf die Restvollstreckung des Jugendarrests vor und ist insoweit mit der bedingten Entlassung vergleichbar. Es erfolgen jedoch keine Bewährungsauflagen oder weitere, mit einer Bewährung normalerweise verbundene Maßnahmen, maßgeblich ist allein, ob die angestrebten Erziehungszwecke schon erreicht sind oder ob sie unerreichbar erscheinen. Nur dann erfolgt die Anordnung des Vollstreckungsleiters, so daß sie sich als Eingriff in die Vollstreckung und somit selbst als Vollstreckungshandlung darstellt.

II.1. Vergleicht man nun die bislang aufgezeigten Maßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung mit dem eigentlichen Vollzugsgeschehen, so fällt auf, wie sehr das eine die mehr "formelle" Seite, das andere die "materielle" Seite der Strafverbüßung zum Inhalt hat.
Ging es bei den Vollstreckungsakten noch primär - und oft ausschließlich - um die Schaffung der Durchführungsvoraussetzungen, so zeigt sich im Strafvollzug die Durchführung selbst. War bislang

der Richterspruch für den Verurteilten zwar existent, aber doch in gewisser Weise noch unverbindlich - er allein kann kein Strafübel realisieren - so erfährt der Delinquent hier mehr oder minder eindringlich Maß und Form der Strafe, die gegen ihn erkannt worden ist.

All das, was innerhalb dieses strafrealisierenden Lebensbereiches an und mit dem Gefangenen geschieht, gehört zu den Maßnahmen im Strafvollzug. Es erhellt, daß die dortige Vielfalt einen nur kursorischen Überblick erlaubt, der sich auf das typische Vollzugsgeschehen beschränken muß.

2. Der 1. Abschnitt des 2. Teils der Dienst- und Vollzugsordnung (Nr.'n 44 bis 56) regelt die Aufnahme des Verurteilten in die Vollzugsanstalt. Nach erfolgter Annahme wird in einer anschließenden Verhandlung geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Aufnahme in der Anstalt vorliegen. Über die Aufnahme selbst entscheidet der Anstaltsleiter oder ein von ihm Beauftragter. Es erfolgen sodann Durchsuchung und ärztliche Untersuchung, sowie die Anlage einer Personalakte, in der alle sich auf den Gefangenen beziehenden Niederschriften, Verfügungen und sonstige Schriftstücke erfaßt werden. Nicht minder wichtig ist die Führung eines Gefangenenbuches, das als urkundlicher Nachweis des Vollzugs die Angaben über die Person des Gefangenen sowie die Vollstreckungsgrundlagen enthält[1].

3. Über diese notwendigen Voraussetzungen eines geordneten Anstaltsbetriebs hinaus enthält der

---

1) Vgl. im einzelnen Nr.'n 45,47,52,54-56 DVollzO.

2. Abschnitt des 2. Teils der Dienst- und Vollzugsordnung Vorschriften über Behandlung und Verhalten der Gefangenen.

Grundlage für die Behandlung des Gefangenen - so fordert es Nr. 58 DVollzO - ist das von ihm gewonnene Persönlichkeitsbild und der darauf beruhende, vom Anstaltsleiter zu genehmigende Vollzugsplan, der sich erstrecken soll "auf die Zuweisung zur Arbeit, die Haftformen, die Fortbildung, die Verwendung der Freizeit, den Verkehr mit der Außenwelt und die Vorbereitung der Entlassung"[1]. Dadurch ist der Gefangenenalltag gleichsam vorgezeichnet, und hierauf stützt sich ein Großteil der gegenüber dem Gefangenen getroffenen Maßnahmen. Diese wiederum müssen bestimmt sein von dem eigentlichen Vollzugsanliegen, das den Gedanken der Besserung und Resozialisierung über den der Vergeltung und Sühne stellen soll.

Konnte die Theresiana noch fordern, die Strafverhängung "führe hauptsächlich zu dem Endzweck, daß neben der Besserung des Übeltäters dem beleidigten Staat Genugthuung wiederfahre, und solche Bestraffung bey dem Volk Erspieglung und Abscheuen von dergleichen Mißhandlungen erzwecke"[2] und war Stock noch der Ansicht, der Gefangene gehöre sich nicht mehr selbst, "er gehört mit Körper und Geist ganz dem Staate"[3], so heißt es heute im Vorspruch zu den in den Ländern der Bundesrepublik geltenden Strafvollzugsvorschriften, der Rechtsbrecher solle durch den Vollzug der Freiheitsstrafe seine Tat

---

1) Nr. 58 Abs. IV DVollzO.

2) Theresiana, Wien 1769, Vierter Artikel, § 2,S.5.

3) Stock, Die Strafe als Dienst am Volke (Tübingen 1933), S. 62.

sühnen und zu einem "sich der staatlichen Rechtsordnung einfügenden Menschen erzogen werden"[1]. Und nach Nr. 57 der Dienst- und Vollzugsordnung soll der Freiheitsstrafvollzug dazu dienen, "die Allgemeinheit zu schützen, dem Gefangenen zu der Einsicht zu verhelfen, daß er für begangenes Unrecht einzustehen hat und ihn wieder in die Gemeinschaft einzugliedern".

Eine nicht geringe Zahl von Maßnahmen und Anordnungen im Vollzug steht unter diesem Postulat. Der Anstaltsleiter kann Differenzierungen vornehmen, indem er unter Berücksichtigung der besonderen Umstände eine Einteilung der Gefangenen in Gruppen vornimmt, die sich durch fortschreitend freieren Vollzug unterscheiden. Er kann auch, sofern es Verhalten und Auftreten des Gefangenen sowie der Anstaltszweck erlauben, dem Gefangenen Vergünstigungen gewähren, die nicht unerheblich dessen weitere Entwicklung beeinflussen können. Schließlich ist es nicht unwesentlich, ob der Gefangene erweiterte Schreiberlaubnis erhält, ob ihm der Besitz eigener Bücher, das Halten einer Zeitung, die Teilnahme an Sprach- oder sonstigen Fortbildungskursen oder an Orchester, Rundfunk und Fernsehen zugestanden wird[2]. Auch zu Außenarbeiten kann er zugelassen werden, sofern die damit notwendigerweise verbundene Lockerung des Vollzugs im konkreten Einzelfall vertretbar erscheint[3].

---

1) Synoptische Gegenüberstellung der in den Ländern der Bundesrepublik und West-Berlin geltenden Strafvollzugsvorschriften, zusammengestellt vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1955, S. 2.

2) Über den Katalog von Vergünstigungen vgl. Nr. 62 Abs. II DVollzO; eine sehr kritische Auseinandersetzung mit den Vorschriften der Dienst- und Vollzugsordnung findet sich bei Baumann, Die Dienst- und Vollzugsordnung vom 1.12.61,in: Streitschriften, S. 158 ff. (171 ff.).

3) Vgl. Nr. 91 DVollzO.

Nicht zuletzt ist es von Bedeutung, für welche Haftform sich der Anstaltsleiter bei der Unterbringung eines Gefangenen entscheidet. Er kann ihn in Einzelhaft, aber auch in Gemeinschaftshaft halten, wobei jede Form die ihr eigenen Gefahren in sich birgt. Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber in den im übrigen den Strafvollzug vernachlässigenden Vorschriften des Strafgesetzbuches verfügt, die strenge Einzelhaft dürfe ohne Zustimmung des Betroffenen den Zeitraum von drei Jahren nicht überdauern[1]. Und ergänzend bestimmt Nr. 67 DVollzO, die (schlichte) Einzelhaft solle nur aus erzieherischen, gesundheitlichen oder aus Sicherheitsgründen angeordnet werden.
Auch die Zuweisung zur Arbeit vermag sich auf die Persönlichkeitsbildung des Gefangenen auszuwirken. Hat er keinen Beruf erlernt, so kann er in einem seinen Fähigkeiten entsprechenden Beruf angelernt werden - sofern die Möglichkeit vorhanden ist - bei anderen wiederum ist neben den Kenntnissen und Fertigkeiten deren Fortkommen nach der Entlassung aus dem Vollzug zu berücksichtigen. Wird die Zuweisung zu einer Arbeit dem Vollzugsanliegen in keiner Weise gerecht, und ist der Gefangene nur durch Gestattung einer Selbstbeschäftigung im positiven Sinne zu fördern, so muß einer solchen Entscheidung stets die sorgfältige Prüfung des Einzelfalles vorausgehen[2].

4. Der Vollzug der Jugendstrafe wird, im Gegensatz zum Erwachsenen-Strafvollzug, ausschließlich vom Gedanken der Erziehung geleitet.

---

1) Vgl. § 22 Abs. 1 StGB; der Gefangene ist während dieser Zeit unausgesetzt von den übrigen Gefangenen abgesondert.

2) Vgl. Müller-Dietz, Persönlichkeitserforschung im Strafvollzug, MschrKrim 1969 S. 194 ff.

Das Jugendgericht ist, wie vielfach betont wird, nicht primär Strafgericht, sondern Erziehungsgericht[1], was sinnfälligen Ausdruck in den §§ 34 ff. JGG findet, wonach Jugendrichter möglichst zugleich auch Vormundschaftsrichter sein und mit den Schöffen eine erzieherische Befähigung und Erfahrung in der Jugenderziehung aufweisen sollen.
Nimmt aber der Vollzug der Strafe seinen Ausgangspunkt und Bezugspunkt in der Strafe selbst und ist diese neben der Sühne vornehmlich auf Erziehung angelegt, so orientiert sich an dieser Doppelfunktion auch ihre Realisierung. Damit entziehen sich die hier notwendig erscheinenden Maßnahmen weitgehend gesetzlicher Normierung, denn wie und mit welcher Aussicht auf Erfolg vorzugehen ist, kann sich regelmäßig nur nach dem Einzelfall richten[2].
§ 91 JGG stellt lediglich eine Richtlinie dar, wonach der Verurteilte durch den Vollzug dazu erzogen werden soll, "künftig einen rechtschaffenen und verantwortungsbewußten Lebenswandel zu führen". Die nähere Ausgestaltung dieses gesetzlichen Rahmens findet sich in der Jugendstrafvollzugsordnung (JVollzO), die, soweit mit dem Grundgesetz und dem Jugendgerichtsgesetz vereinbar, heute noch in allen Bundesländern - außer in Bremen[3] - Gültigkeit besitzt. Ergänzend hierzu kann die Dienst- und Vollzugsordnung von 1961 herangezogen werden.
Die Ausgestaltung des Vollzugslebens wird wesentlich

---

1) Vgl. Potrykus, Jugendgerichtsgesetz, Vorb. 2 vor § 33.

2) Vgl. § 21 Abs. I JVollzO:" Die Wesensart junger Gefangener ist zu vielgestaltig, als daß der Weg, den die Erziehung zu gehen hat, im einzelnen vorgeschrieben werden könnte".

3) In Bremen gilt die Anordnung des Senators für Justiz und Verfassung über die Durchführung des Jugendstrafvollzugs im Lande Bremen vom 1. Dezember 1961 (abgedruckt in der Sonderveröffentlichung der Dienst- und Vollzugsordnung).

getragen durch ein progressives Vollzugssystem. Der Freiheitsentzug beginnt regelmäßig mit der Einzelhaft und endet meist, nach Überführung in die Gemeinschaftshaft, im aufgelockerten Vollzugssystem offener oder halboffener Anstalten. Vornehmlich die Zeit in einer solchen Anstalt soll dem Jugendlichen den Übergang in die Freiheit erleichtern und ihn darauf vorbereiten.
Ebenso wie im Erwachsenenvollzug besteht auch hier die Möglichkeit, dem Jugendlichen gewisse Vergünstigungen zu gewähren, und § 91 Abs. II JGG schreibt ausdrücklich die Förderung der beruflichen Leistungen des Verurteilten sowie die Einrichtung von Lehrwerkstätten vor. Neben der Arbeit kommen dem Unterricht und der Fortbildung besondere Bedeutung zu, und nicht zuletzt muß die seelsorgerische Betreuung des Gefangenen gewährleistet sein[1].

5. Diese kurze Darlegung mag verdeutlicht haben, daß eine erschöpfende Aufzählung und Umschreibung der Maßnahmen und Anordnungen im Strafvollzug nicht möglich ist. Zu vielgestaltig ist das Leben in der Anstalt, um ihm gleichsam enumerativ gerecht zu werden. Entscheidend für die Ausgestaltung des Vollzuges ist der jeweilige Strafzweck: Steht im Erwachsenenstrafrecht im Vordergrund der Gedanke der Schuldvergeltung, so ist es im Jugendrecht die Erziehungsstrafe, die verwirklicht werden soll. Angesichts der Mannigfaltigkeit der hierbei zu erfassenden Lebenstatbestände war die vorliegende Beschränkung auf das typische Vollzugsgeschehen erforderlich.

---

1) Vgl. ergänzend §§ 21, 28, 36 ff., 48 ff. JVollzO.

C. Organisation von Strafvollstreckung und Strafvollzug

I.1. Auch der organisatorische Aufbau von Strafvollstreckung und Strafvollzug soll nur in Umrissen aufgezeigt werden, dient er doch dem Verständnis der anschließenden Untersuchung über Rechtsnatur und systematische Stellung der jeweils wahrgenommenen Tätigkeiten.

2.a. Im Erwachsenenstrafrecht ist grundsätzlich die Staatsanwaltschaft zur Strafvollstreckung berufen (§§ 451 Abs. I StPO, 4 StVollstrO)[1]. § 1o StVollstrO bestimmt ergänzend unter Bezugnahme auf das Entlastungsgesetz[2], daß die Geschäfte der Strafvollstreckung vom Rechtspfleger zu besorgen sind[3]. Sofern ein solcher bei der Vollstreckungsbehörde bestellt ist und ihm die anfallenden Vollstreckungsaufgaben nach der Geschäftsverteilung zugewiesen sind, nimmt er diese selbständig wahr, wobei er an die Weisungen des Staatsanwalts gebunden ist. Von der Übertragung auf den Rechtspfleger sind jedoch die im § 11 StVollstrO katalogmäßig erfaßten Funktionen ausgenommen, für die es bei der staatsanwaltschaftlich oder richterlich begründeten Zuständigkeit verbleibt.

b. Die richterliche Zuständigkeit zur Strafvollstreckung ergibt sich aus § 451 Abs. III StPO in Verbindung mit § 5 StVollstrO. Hiernach ist der Amtsrichter grundsätzlich in den Sachen mit Voll-

---

1) Eine Aufstellung über die Bezeichnungen, unter denen die Staatsanwaltschaft in den einzelnen Bundesländern ihre Aufgaben als Vollstreckungsbehörde wahrnimmt, findet sich bei Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 4 Anm. I 1, S.1o9/11o.

2) Art. VI § 1 Ziff. III des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte vom 11.März 1921 (RGBl. S. 229).

3) Zu der Frage, ob der in der Strafvollstreckung tätige Rechtspfleger noch als solcher bezeichnet werden darf, vgl. Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 1o Anm. I, S. 148 ff.

streckungsgeschäften betraut, in denen er im ersten Rechtszug als Einzelrichter entschieden hat, sofern die verhängte Freiheitsstrafe die Dauer von drei Monaten nicht übersteigt[1].
Vornehmlich organisatorische Erwägungen waren maßgeblich dafür, auch den Amtsrichter zu Vollstreckungsgeschäften heranzuziehen[2], bei deren Ausübung er nicht mehr unter der Garantie richterlicher Unabhängigkeit steht, sondern weisungsgebunden handelt. Er unterliegt insoweit der Dienstaufsicht des Generalstaatsanwalts und des Justizministers, nicht der des Oberstaatsanwalts, da er seine Vollstreckungszuständigkeit nicht von diesem ableitet[3].

Als "Vollstreckungsbehörde" fungiert aber auch das Gericht, das nach § 24 StGB dem Verurteilten Bewährungsauflagen erteilt oder nach § 26 StGB den zu zeitiger Freiheitsstrafe Verurteilten bedingt entläßt. Die damit einhergehenden Anordnungen wurden als Vollstreckungsakte im weiteren Sinne qualifiziert, so daß das Wahrnehmungsorgan auch als Vollstreckungsbehörde anzusehen ist.
Das gleiche gilt von dem Gericht, das im ersten Rechtszuge erkannt oder nach § 46o StPO die Gesamtstrafe gebildet hat, soweit es die nachträglichen Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung trifft, wie etwa die nachträgliche Erteilung von Auflagen oder der Erlaß oder Widerruf der zur

---

1) § 5 Abs. I, II Nr. c) StVollstrO; Bremen hat 1965 aus organisatorischen Gründen die Vollstreckungszuständigkeit des Amtsrichters beseitigt, vgl. Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung , § 5 Anm. I 1, S. 111, sowie Einleitung, S. 16.

2) Vgl. Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 5 Anm. II, S. 113/114.

3) Zur Gesetzmäßigkeit dieser Regelung vgl. unten 5. Abschnitt C S.16off.

Bewährung ausgesetzten Strafe (§ 453 StPO).

3. Eine grundsätzlich andere Regelung der Strafvollstreckung findet sich im Jugendrecht. Hier ist der Jugendrichter zum Vollstreckungsleiter bestellt, ohne daß eine Abweichung von dieser Regelung möglich ist[1]. Ein Übergang der Vollstreckung auf ein nichtrichterliches Organ findet selbst dann nicht statt, wenn der Jugendliche in eine vom zunächst zuständigen Vollstreckungsleiter entferntere Jugendstrafanstalt augenommen wird. In diesem Falle geht gemäß § 85 Abs. II JGG die Vollstreckung auf den Jugendrichter eines in der Nähe gelegenen Amtsgerichts über, der damit zum sogenannten besonderen Vollstreckungsleiter[2] wird.

Außer diesem gesetzlichen Zuständigkeitsübergang hat § 85 JGG in Jugendarrestsachen den Übergang durch Abgabe vorgesehen. Ist der zunächst als Vollstreckungsleiter zuständige Richter nicht auch Vollzugsleiter gemäß § 9o Abs. II Satz 2, so gibt er die Vollstreckung an diesen ab. Damit wird vor allem dem Gedanken der Vollzugsnähe des Vollstreckungsorgans Rechnung getragen.
Zur Entlastung des Jugendrichters kann auch der Rechtspfleger in bestimmtem Umfange mit Vollstreckungsgeschäften befaßt werden[3], dessen Aufgaben aber mehr formalen Charakter besitzen und dem Jugendrichter die eigentliche Leitung der Vollstreckung

---

1) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, §82 Rdnr. 3 und Rdnr. 6, sowie Richtlinien zu §§ 82 bis 85 JGG, abgedruckt ebenda bei § 85 JGG, S. 7o5 bis 711.

2) Über die Rechtsverordnungen, die aufgrund der den Landesjustizverwaltungen gemäß § 85 Abs.II JGG erteilten Ermächtigungen ergangen sind, vgl. Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz,§85 Rdnr.6

3) Vgl. Abschnitt II, Nr. 6 der Richtlinien zu §§ 82-85 JGG, sowie die Anordnung über die Entlastung des Jugendrichters bei den Vollstreckungsgeschäften vom 1.Januar 1963, abgedruckt bei Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Anhang 2,S.1o11/1o12.

nicht nehmen. Die Überwachung von Weisungen und Auflagen bleibt nach wie vor Sache des Richters, ebensowenig kann er die ihm nach § 83 JGG obliegenden Anordnungen über die Umwandlung und Vollstreckung des Arrestes sowie die Entlassung zur Bewährung (§§ 86 bis 89 JGG) abgeben.

II. 1. Betrachtet man nunmehr die Organisation des Strafvollzugs, so fällt auf, daß eine weitaus größere Trennung zum Rechtsprechungskörper vollzogen worden ist.

a. Nach Nr. 1 DVollzO dienen dem Vollzuge der Freiheitsstrafen die Strafanstalten, Jugendstrafanstalten, Gerichtsgefängnisse und sogenannten offenen Anstalten. Die hauptamtliche Leitung der selbständigen Anstalten obliegt grundsätzlich einem Beamten des höheren Dienstes, dem ein Stab von Vollzugsbediensteten beigeordnet ist[1]. In Ausnahmefällen kann die Leitung einer kleineren selbständigen Anstalt auch einem Beamten des gehobenen Dienstes übertragen werden (Nr. 12 Abs. I S. 2 DVollzO).

b. Gerichtsgefängnisse unterstehen, sofern nicht ein Vertreter der Staatsanwaltschaft oder ein Vollzugsbeamter damit betraut ist, dem Vorstand des Amtsgerichts, dem das Gefängnis angegliedert ist oder einem anderen Richter[2].

---

1) Nr.'n 2 Abs. I, 12 Abs. I DVollzO; zur inneren Organisation einer Vollzugsanstalt, vgl. die Grundsätze in Nr.'n 12 bis 19, Nr. 2o ff. DVollzO.

2) Vgl. im einzelnen Nr.'n 2 Abs. II, 12 Abs. II DVollzO; in einigen Bundesländern ist die nebenamtliche Leitung eines Gerichtsgefängnisses durch einen Richter gesetzlich vorgesehen, so etwa in Hessen (§ 79 Hess. Richtergesetz) und Baden-Württemberg (§ 95 Bd.-Württ. Richtergesetz).

Damit ist die Möglichkeit gegeben, einen Richter in eng begrenzten Ausnahmefällen auch mit Aufgaben des Vollzugs zu betrauen. Seine Entscheidungstätigkeit im Rahmen der §§ 23 ff. EGGVG, die ihn gleichfalls an Vollzugsgeschäfte heranführt, muß außer Betracht bleiben, da dort nicht eine eigenständige Vollzugswahrnehmung, sondern nur die Rechtsschutzgewährung gegen schon vorliegende Akte der Vollzugsorgane infrage steht.
Hieraus erhellt, daß die Grundkonzeption dahin geht, den Richter möglichst von Vollzugsaufgaben freizustellen und den Strafvollzug primär als Aufgabe der von den Rechtsprechungsorganen organisatorisch sowie personell getrennten Strafvollzugsbehörden anzusehen.

2.a. Oblag die Vollstreckung einer J u g e n d strafe noch ausschließlich dem Richter, so ist der Vollzug auch hier den vom Gerichtskörper organisatorisch getrennten Vollzugsbehörden übertragen. Die Jugendstrafe wird an Straftätern, die zu Jugendstrafe verurteilt sind und im Zeitpunkt des Vollzugs das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, ausnahmslos in Jugendstrafanstalten vollzogen (§ 92 JGG). Hat der Verurteilte das 18. Lebensjahr bereits vollendet, wird er regelmäßig zunächst in die Jugendstrafanstalt eingewiesen[1], wobei gegen ihn bei mangelnder Eignung für den Jugendstrafvollzug vom Vollstreckungsleiter die Ausnahmeanordnung nach § 92 Abs. III JGG verhängt werden kann. Vollzugsbehörde ist der Leiter der Jugendstrafanstalt, der die Verantwortung für den Vollzug und die Verwaltung

---

1) Richtlinien zu §§ 82 bis 85 JGG, Abschnitt VI, Nr. 2.

der Anstalt trägt[1]. Ergehen Entscheidungen von besonderer Bedeutung, so nimmt hieran auch der Vollstreckungsleiter beratend teil, also der Richter, dessen Zuständigkeit sich aus § 85 Abs. II JGG ergibt[2].

b. Der Vollzug des Jugendarrestes hat eine gesetzliche Sonderregelung erfahren. Er wird in Jugendarrestanstalten oder Freizeitarresträumen der Landesjustizverwaltung vollzogen, die nicht oder nicht gleichzeitig dem Vollzug von Strafen oder dem Vollzug an Erwachsenen dienen dürfen[3]. Vollzugsleiter ist nicht ein Beamter der Justizverwaltung, sondern der Jugendrichter am Ort des Vollzugs. Ist dort kein Richter oder aber eine Mehrzahl von Richtern tätig, so bestimmt die Aufsichtsbehörde den zuständigen Vollzugsleiter (§ 2 Abs. I S.2 JAVollzO). Diesem obliegt die Leitung des gesamten Vollzugsgeschehens, so daß sich im Jugendarrestverfahren die Besonderheit richterlicher Leitung sowohl im Vollstreckungs- als auch im Vollzugsverfahren ergibt.

---

1) Nr. 13 DVollzO, § 1o JVollzO.

2) Richtlinien zu §§ 82 bis 85 JGG, Abschnitt VI, Nr. 7.

3) §§ 9o Abs. II JGG, 1 Abs. II JAVollzO.

5. Abschnitt: Rechtliche Qualifizierung des Vollstreckungs- und Vollzugshandelns

A. Anerkennung einer materiellen Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung

I. Nachdem in den vorangegangenen Kapiteln versucht worden ist, Ziele und Aufgaben, Organe und Maßnahmen von Strafvollstreckung und Strafvollzug darzulegen, sollen im folgenden Abschnitt die in diesen Bereichen wahrgenommenen Funktionen rechtlich qualifiziert werden.
Hat es sich doch gezeigt, daß die gesetzgeberische Regelung des Gefangenenrechtsschutzes weder im Hinblick auf das Vollstreckungs- noch auf das Vollzugshandeln zwingende Rückschlüsse zuläßt auf die Rechtsnatur der zugrundeliegenden Maßnahmen. Des weiteren ist deutlich geworden, daß mit der Wahrnehmung der jeweils anfallenden Tätigkeiten ein Einzelrichter, ein Kollegialgericht, die Staatsanwaltschaft, der Rechtspfleger sowie die Vollzugsbehörden befaßt sind. Dabei ist eine Begrenzung des Einzelnen auf den ihm eigentümlichen Funktionskreis nicht gewährleistet, wie das Beispiel des Vollstreckungs- und Vollzugsaufgaben wahrnehmenden Amtsrichters zeigt.

Will man diesen Tätigkeitsbereich nunmehr rechtlich qualifizieren, so bietet sich die klassische Gewaltenteilung in legislative, exekutive und rechtsprechende Tätigkeit an. Um aber das Vollstreckungs- und Vollzugshandeln einer der beiden letztgenannten Kategorien hoheitlichen Tuns zuzuordnen, muß zuvor geklärt werden, ob eine materielle Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung überhaupt sinnvoll ist und, sofern man zu einem positiven

Ergebnis gelangt, welche Kriterien sich zur Abgrenzung anbieten. Dabei soll mit den folgenden Ausführungen angesichts der Tatsache, daß die Schwierigkeiten einer Lösung dieses Problems schon so oft hervorgehoben worden sind, mehr ein Überblick über den Stand der Meinungen als eine eigene Lösung versucht werden.

II. 1. Otto Mayer, der Begründer einer allgemeinen Verwaltungsrechtslehre, hat das Wesen der Verwaltung nur negativ formuliert. Sie könne "nach der besonderen Art ihrer Geschäfte" nicht abgegrenzt werden und umfasse diejenige Staatstätigkeit, "die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist"[1]. Nach dieser Definition ist man gehalten, zuvor die beiden Funktionen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu erfassen, um dann, gleichsam im Subtraktionswege, den Restbestand staatlicher Tätigkeit als Verwaltung zu begreifen.

Schon sehr früh hatte Laband Kritik an der Gewaltenteilungslehre geübt, die nach seiner Ansicht die Einheit des Staates zerstöre und weder logisch noch praktisch durchführbar sei[2]. Zur materiellen Bestimmung dessen, was Verwaltung ist, bediente er sich aber gleichfalls der "Negativ-Definition" und kam so zu dem Schluß, zur Verwaltung gehörten alle staatlichen Hoheitsbetätigungen, die der Leitung des Staatsoberhauptes unterliegen[3].

---

1) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, § 1 Nr. 3, S. 7.

2) Laband, Staatsrecht, § 54, S. 493, Fußnote 2; dieser Passus ist in der späteren Ausgabe seines Lehrbuchs bezeichnenderweise gestrichen, vgl. 5. Aufl., Band 2, Tübingen 1911 (Neudruck Aalen 1964), § 54, S. 6/7.

3) Laband, ebenda, § 64, S. 643,Mitte.

Demgegenüber hielt Triepel, in Übereinstimmung mit Kormann[1], eine Unterscheidung schon deshalb für verfehlt, da alle Versuche, der Rechtsprechung einen anderen Inhalt zu geben als den eigentlichen Verwaltungsakten, bisher "rettungslos gescheitert"[2] seien.

Anschütz[3] vertrat die Meinung, die staatliche Tätigkeit zerfalle in die Gesetzgebung und die Verwaltung im weiteren Sinne, die wiederum die Rechtspflege einerseits und die Verwaltung im engeren Sinne andererseits zum Gegenstand habe. Er stellte also die Rechtspflege unter den Oberbegriff Verwaltung im weiteren Sinne und damit gleichrangig neben die Verwaltung im engeren Sinne. Als materielle Kategorie identifizierte er sie mit der Rechtsprechung, die scharf zu trennen sei von der nur formellen Kategorie der "Justiz". Letztere erfasse die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte schlechthin und sei nicht auf die Rechtspflege als rein richterliche Tätigkeit zu beschränken, sondern enthalte zugleich Funktionen, die, wie die freiwillige Gerichtsbarkeit, ihrem materiellen Gehalt nach verwaltender Natur seien.

Stein[4] und Fleiner[5] fanden den Unterschied in dem

---

1) Kormann, Justiz und Verwaltung, JbÖffR Band 7 (1913) S. 1 ff. (4).

2) Triepel, Reichsaufsicht, S. 137.

3) Anschütz in Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 8, S. 27/28; ähnlich neuerdings auch Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat, S. 115/116, der für eine Zweiteilung (statt Dreiteilung) mit Unterteilung der zweiten Gewalt eintritt, da die Rechtsprechung mit der Exekutive weithin die Aufgabe gemein habe, im Einzelfall Rechtssätze auf konkrete Sachverhalte anzuwenden.

4) Stein, Justiz und Verwaltung, S. 2.

5) Fleiner, Institutionen, S. 7; hierzu kritisch: Bötticher, Unabhängigkeit des Richters und Rechtsweg, ZZP 51 (1926) S. 2o8/2o9.

verschiedenen psychologischen Verhältnis des Richters und des Verwaltungsbeamten zum Gesetz. Für jenen sei die Anwendung des Rechtes Selbstzweck, für diesen nur Mittel zum Zweck. Thoma dagegen bezeichnete alle wissenschaftlichen Bemühungen um Erfassung des Begriffes Rechtsprechung im materiellen Sinne als unzulänglich und hielt Kelsens[1] Beitrag, der sich eingehend mit dem Verhältnis der Justiz zur Verwaltung auseinandergesetzt hatte, für "völlig mißglückt"[2]. In Anbetracht der Vielzahl "scharfsinniger Untersuchungen" wollte aber auch er nicht auf eine Definition verzichten und umschrieb die Rechtsprechung im materiellen Sinne als den "verselbständigten Ausspruch dessen, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Tatbestand im Einzelfalle Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität"[3].

2. Auch nach Erlaß des Bonner Grundgesetzes verstummten nicht die Stimmen, die eine Abgrenzung zwischen den Gewalten für schlechthin undurchführbar hielten.

So glaubt Menger[4], es gebe nur einen einheitlichen Begriff der Rechtspflege und jeder Versuch, materielle Unterscheidungskriterien aufzuzeigen, müsse an der Rechtswirklichkeit scheitern. Auch Forsthoff[5] hegt Zweifel, ob sich heutzutage noch eine exakte Abgrenzung finden lasse, wobei er seine Bedenken aus der grundgesetzlichen Regelung der Artikel 2o und 28 herleitet. Nach diesen Bestimmungen gründe

---

1) Kelsen, Justiz und Verwaltung.

2) Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, S. 127, Fußnote 45.

3) Thoma, ebenda, S. 129, letzter Absatz.

4) Menger, System, S. 5o.

5) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 1, S. 4, Fußnote 1, S. 5.

sich die Bundesrepublik Deutschland als sozialer Rechtsstaat auf eine "kompromißhafte Verfassungsrechtslage", die eine Abgrenzung der drei Gewalten "in der früheren Schärfe" und mit den "überkommenen Formeln" nicht mehr ermögliche. Gleichwohl hält er es für erforderlich, eine Grenzziehung vorzunehmen.

Werner Weber[1] sieht in den drei Gewalten lediglich substanzlose Schemata, hinter denen nur eine Kraft, nämlich die der Parteipolitik, stehe. Das Gewaltenteilungssystem ist für ihn ein bloßes Ordnungsschema, ein "Instrumentarium der Herrschaftsausübung"[2], und Bachof[3] erscheint es gleichfalls sehr fraglich, ob eine Abgrenzung zwischen den einzelnen Staatsfunktionen überhaupt möglich sei. Die ablehnende Auffassung gipfelt letztlich in der Feststellung, jedes Bemühen um eine Abgrenzung sei unfruchtbar, erst das jeweils positive Recht lege fest, welche Funktionen natürlicherweise von Organen der rechtsprechenden Gewalt und welche von der Verwaltung wahrgenommen werden können[4].

III. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Nach Artikel 2o GG geht alle Staatsgewalt vom

---

1) W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 25/26.

2) W. Weber, Die Teilung der Gewalten, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 253 ff. (261 a.E.), unter Bezugnahme auf Legislative und Exekutive.

3) Bachof, Anmerkung zu Urteil des LVG Rheinland-Pfalz in Koblenz vom 22. April 1952, NJW 1953 S. 317/318.

4) So wohl Gossrau, Strafgewalt und Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden, NJW 1958 S. 929 ff. (93o, rechte Spalte); Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 11 Anm. IV 3 c); Haas, Landesrecht vor Bundesgerichten, DVBl 1957 S. 368 ff. (371), anders wohl: Haas-Redding, Steuerstrafen und Finanzverwaltung, JZ 1953 S. 545.

Volke aus und wird durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Artikel 2o GG statuiert demnach das Gewaltenteilungssystem in doppelter Gestalt: zum einen wird zwischen den drei, gleichrangig nebeneinander stehenden Funktionen unterschieden, zum anderen erfolgt eine Zuweisung der jeweiligen Funktion an ein bestimmtes Organ[1]. Dieses Doppelprinzip der Gewaltenunterscheidung und Gewaltentrennung steht unter der Garantie des Artikels 79 Abs. II GG. Darüberhinaus hat Artikel 92 GG den Richtern die "rechtsprechende" Gewalt anvertraut.

Wollte man jegliche Unterscheidungsmöglichkeit zwischen den Gewalten ablehnen, dann wäre die Ausfüllung der hier angeführten Verfassungsprinzipien der Willkür des einfachen Gesetzgebers ausgeliefert. Es stünde ihm frei, festzulegen, welche Funktionen verwaltender Natur seien und damit zum Wahrnehmungsbereich weisungsabhängiger Verwaltungsbeamter gehörten, oder was materiell rechtsprechenden Charakter trüge und damit zwangsläufig von Richtern wahrgenommen werden müßte[2]. Das aber bedeutet praktisch, wie Hamann[3] zu Recht hervorhebt, in Artikel 92 GG einen ihm nicht anhaftenden Gesetzesvorbehalt hineinzulegen, was unzulässig wäre.
Es führte weiter dazu, daß es keinen Bereich staatlicher Tätigkeit gäbe, der notwendigerweise dem Richter oder dem Verwaltungsbeamten vorbehalten bleiben müßte. Der Gesetzgeber könnte Verwaltungs-

---

1) Eingehend dargelegt bei Holtkotten, Bonner Kommentar, Artikel 92 Anm. II 1 a), S. 2.

2) Sofern man den Rechtsprechungsbegriff in Artikel 92 GG nicht nur im formellen Sinne auffaßt.

3) Hamann, Grundgesetz, Artikel 92 Anm. B 1, S. 382.

funktionen der Dritten Gewalt übertragen und ihre Ausübung notfalls unter die Unabhängigkeitsgarantie des Artikels 97 GG stellen, ohne daß er gewissen Schranken, die in der Natur der jeweils zu regelnden Materie liegen, unterworfen wäre.

Wenn die gegenteilige Ansicht den Standpunkt vertritt, der Gewaltenteilungsgrundsatz sei zumindest noch Ordnungsprinzip und diene sicherlich der gegenseitigen Machthemmung[1], so bleibt die Frage offen, nach welchen Richtlinien dieses Ordnungsschema ausgefüllt werden kann. Übersähe man, daß weite Bereiche staatlichen Wirkens sowohl in ihrer äußeren Erscheinungsform als auch in ihrer strukturellen Eigenart Verschiedenheiten aufweisen, die schwerlich ein und derselben Kategorie hoheitlichen Tuns zugeordnet werden können, dann wäre es in der Tat gerechtfertigt, die Gewaltenteilung als formelles Prinzip ohne materielle Aussagekraft aufzufassen. Zwar ergibt sich aus der materiellen Natur einer Hoheitsfunktion nicht notwendig die Zuweisung zu dem einen oder anderen Staatsorgan, es ist anerkannt[2], daß das Grundgesetz das Prinzip der Gewaltentrennung nicht lückenlos durchgeführt hat und Überschneidungen jederzeit erfolgen können[3], das aber

---

1) W. Weber, Die Teilung der Gewalten, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 253 ff. (263).

2) BverfG E 3 S. 247; BverwG E 1 S. 9; BGH Z 11, Anhang, S. 5o.

3) So z.B. die Wahrnehmung von Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die zum großen Teil verwaltender Natur sind, durch die Gerichte; vgl. Bettermann, Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festschrift für Lent, S. 17 ff. Zu Beachten bleibt, daß das Grundgesetz gerade an die Trennung der Justiz von der Verwaltung erhöhte Anforderungen stellt, BverfG E 1o S. 216.

sollte nicht dazu führen, vorhandene Abgrenzungskriterien als gegenstandslos anzusehen. Gäbe man dem Gesetzgeber die Möglichkeit, positiv-rechtlich die Staatsfunktion auf beliebige Organe zu übertragen, ohne durch materiell bestimmbare Normen des Verfassungsrechts bei dieser Funktionsverteilung gebunden zu sein, so könnte, worauf Ule[1] zu Recht hinweist, die richterliche Gewalt äußerstenfalls zum Verschwinden gebracht werden. Allenfalls die Schranke des Artikels 19 Abs. IV GG könnte noch einen Restbestand richterlicher Wahrnehmungszuständigkeit retten.

IV. Damit aber stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien man die Rechtsprechung vom Verwaltungshandeln zu unterscheiden vermag.

1. Das Grundgesetz gibt hierüber keinerlei Aufschluß. Es hat in Artikel 92 GG die "rechtsprechende Gewalt" den Richtern anvertraut und läßt in Artikel 2o Abs. II die Staatsgewalt u.a. von Organen der "Rechtsprechung" ausüben.
Damit hat es zwar ein Organisationsstatut normiert, kraft dessen die Rechtsprechung gleichrangig neben Legislative und Exekutive die dritte Säule staatlicher Gewalt ausmacht, die, an Gesetz und Recht gebunden, den Richtern anvertraut ist. Nicht aber kann diesen Vorschriften entnommen werden, was im Einzelfall zur Rechtsprechung gehört, was ihr eigentliches Wesen ausmacht und wodurch sie sich von den übrigen Gewalten unterscheidet.

---

1) Ule, Anmerkung zu BverwG, Urteil vom 19. Februar 1957, JZ 1958 S. 628; vgl. auch Ad. Arndt, Strafgewalt der Finanzämter? NJW 1959 S. 6o5 ff.

Die herrschende Lehre[1] mißt dem Begriff materielle Bedeutung zu, um so die Funktionsgarantie, die das Grundgesetz der Dritten Gewalt erteilt hat, mit Leben zu erfüllen, was aber allenfalls etwas über Anwendungsbereich und Rang dieser Normen besagt, nichts jedoch über solche, aus dem Begriff resultierende Kriterien, die eine Abgrenzung zu den übrigen Bereichen staatlichen Tuns ermöglichten.

Ergibt sich somit aus der grundgesetzlichen Regelung kein für eine Unterscheidung zwischen den Gewalten tauglicher Maßstab, so muß man nunmehr auf die den jeweiligen Hoheitsbereichen eigenen Tätigkeitsmerkmale abstellen.

2. Dabei bietet sich als erstes das Kriterium der Streitentscheidung an. Ist doch die Entscheidung eines Rechtsstreits, die Ausgleichung widerstreitender Interessen, letztlich also die Wahrung des Rechtsfriedens eine typischerweise den Gerichten zugewiesene und von ihnen wahrgenommene Funktion.

In der Literatur wird dieses Merkmal wiederholt als Charakteristikum der Rechtsprechung und als taugliches Abgrenzungskriterium zwischen dieser und der Verwaltung hervorgehoben.
So ist Friesenhahn[2] der Ansicht, materielles Kriterium der Rechtsprechung sei die Rechtsanwendung zur

---

1) von Mangoldt, Grundgesetz, Vorb. zu Artikel 92 Anm. 3 a), S. 492;Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 Anm. II d),S. 8o; Ule, Anm. zu BverwG., Urteil vom 19. Februar 1957, JZ 1958 S. 628; Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952 S.293ff. (296); Hamann, Grundgesetz, Artikel 92 Anm. C; Holtkotten in Bonner Kommentar, Art. 92 Anm. II, S. 2; Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Art. 92 Rdnr.1, heben hervor, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei "noch nicht abschließend" geklärt, nach welch materiellen Kriterien der Begriff der rechtsprechenden Gewalt abzugrenzen sei.

2) Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Rich. Thoma, S. 21 ff. (27).

Entscheidung eines Rechtsstreits. Rechtsprechung sei "streitentscheidende Gesetzesanwendung" im Gegensatz zur rein feststellenden oder gestaltenden Verwaltungstätigkeit. Auch nach Bötticher[1] ist Zweck und Wesen der Rechtsprechung die Entscheidung eines Parteienstreits im Wege der Rechtsanwendung, und das OVG Münster[2] versteht unter Rechtsprechung die Entscheidung eines rechtlichen Streites zwischen zwei Personen.

Es fragt sich aber, ob diese Typisierung richterlicher Tätigkeit zugleich ein materielles Unterscheidungskriterium bietet. Wollte man das Moment der Streitentscheidung zur Inhaltsbestimmung dessen, was Rechtsprechung ist, heranziehen, dann könnte man kaum die Strafrechtsprechung als "Rechtsprechung" und den Strafrichter als "Richter" ansehen.
Gerade dem Bereich staatlicher Strafrechtspflege ist das Element des Rechtsstreits und des Interessenausgleichs fremd. Der Strafrichter wägt nicht ab zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Bestrafung und Schutz vor dem Rechtsbrecher einerseits und dessen Interesse an milder Verurteilung oder gar Freispruch andererseits. Er ist auch nicht an die Anträge der Prozeßbeteiligten gebunden, und seien sie gleichlautend, sondern hat das Maß der individuellen Schuld zu ermitteln und hiernach die gerechte Strafe zu verhängen.
Wohl hat er öffentliche Belange in seine Strafzumessungserwägungen mit einzubeziehen, dies verleiht seiner Tätigkeit aber nicht den Charakter der Streitentscheidung. Es wird auch nicht, wie Friesenhahn[3]

---

1) Bötticher, Unabhängigkeit des Richters und Rechtsweg, ZZP 51 (1926) S. 2o1; ebenso Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 5.

2) OVG Münster OVGE 5 S. 89.

3) Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Rich. Thoma, S. 21 ff. (44).

meint, vor ihm ein Streit zwischen Staatsgewalt und Angeklagtem über das Recht des Staates, zu strafen, ausgetragen. Das Urteil entscheidet nicht über das Recht zur Bestrafung, dieses muß als bestehend vorausgesetzt werden, sondern spricht die Bestrafung selbst aus und bildet die Grundlage für Art und Ausmaß der Vollstreckung. Den Prozeßbeteiligten ist aufgegeben, all das zusammenzutragen, was die Anwendung einer allgemeinen Rechtsnorm auf den konkreten Fall rechtfertigt oder ausschließt. Die Entscheidung hierüber obliegt allein dem Richter. Sie wird aber unbestrittenermaßen als Teil der Rechtsprechung angesehen[1].

Rechtsprechende Funktionen werden ebenso wahrgenommen im Normenkontrollverfahren oder im Falle einer Verfassungsbeschwerde, und auch hier findet kein Parteienstreit statt, sondern es wird nur festgestellt, was von Anfang an Rechtens war. Andererseits erfolgt in weiten Bereichen verwaltungsbehördlicher Tätigkeit die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch Hoheitsakt, durch sogenannte streitentscheidende Verwaltungsakte, denkt man etwa an die Möglichkeit der Aufsichtsbehörde gemäß § 12 Abs. I S. 2 GO NRW, über Grenzstreitigkeiten zwischen den Gemeinden zu entscheiden, oder an die Streitigkeiten zwischen Handwerkskammern über eine zwischen ihnen vorzunehmende Vermögensauseinandersetzung[2]. Zwar steht hier die Verwirklichung der Verwaltungszwecke im Vordergrund, gleichwohl ändert dies nichts an dem streitentscheidenden Charakter

---

1) BverfG E 8 S. 2o7, E 12 S. 274; Hamann, Grundgesetz, Art. 92 Anm. B 1 b), S. 383; Görcke, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStW 73 (1961) S. 561 ff. (579).

2) Vgl. § 12o Abs. III S. 2 HandwO.

der Verwaltungsmaßnahme[1].
Mithin kann das Moment der Streitentscheidung, das zwar in weiten Bereichen ein Element rechtsprechender Tätigkeit ist, sie jedoch nicht erschöpft, nicht als materielles Kriterium zur Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung herangezogen werden[2].

3. Scheidet folglich die Streitentscheidung zur Inhaltsbestimmung richterlichen Tuns aus, so bieten sich weitere, eng damit zusammenhängende Merkmale zur Abgrenzung an: die Unparteilichkeit und die Parteienunabhängigkeit dessen, der die jeweilige Funktion wahrnimmt.

Unparteilich handelt derjenige, der sich jeglicher einseitigen Interessenwahrnehmung enthält, parteienunabhängig derjenige, der von Weisungen der am Rechtsstreit Beteiligten frei ist.
Vergleicht man unter diesem Gesichtspunkt die Stellung des Richters mit der des Verwaltungsbeamten, so fällt auf, daß der Richter bei Fällung des Urteils stets über den Parteien[3] steht, der Verwaltungsbeamte hingegen regelmäßig in eigener Sache entscheidet. Der Richter befindet als "neutrale

---

1) Eingehend hierzu Schüle, Der streitentscheidende Verwaltungsakt, S. 289 ff.

2) Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952 S. 293 ff. (296); Hamann, Grundgesetz, Art. 92 Anm. B 1 b) aa), S. 384; Ad. Arndt, Strafgewalt der Finanzämter, NJW 1959 S. 6o5 ff. (6o7); Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 361 ff. (37o); vgl. hierzu auch Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit, S. 7 ff. (1o ff.), sowie den Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 2. W.P., zu Drucks. 2855 vom 27. November 1956, S. 2, linke Spalte, woraus hervorgeht, daß auch die Bundesregierung bei Erlaß des Rechtspflegergesetzes davon ausging, daß wenigstens alle S t r e i t e n t s c h e i d u n g e n zu den dem Richter vorbehaltenen Geschäften im Sinne des Art. 92 GG zu zählen seien.

3) Partei im untechnischen Sinne.

Instanz" darüber, was Rechtens ist, er fungiert zwischen, nicht mit den Parteien. Dies findet sinnfälligen Ausdruck in dem Satz, niemand könne in eigener Sache Richter sein, ebenso wie in dem Begriff der staatlichen Justizgewährungspflicht. Es nähme sich eigenartig aus, wollte man von einer staatlichen "Verwaltungsgewährungspflicht" sprechen.

Zu Recht sieht man im Inquisitionsprozeß keinerlei Gewähr rechtsstaatlichen Richtens, da gerade hier Richter und Ankläger in einer Person handelten. Richterliches Tun ist fremdbezogen[1], Verwaltungshandeln verfolgt regelmäßig eigene Interessen. Zwar kann das Entscheidungsorgan, ob Richter oder Verwaltungsbeamter, hier wie da "Dritter" sein, also zwei streitenden Rechtssubjekten gegenüberstehen[2], doch wägt der Richter nur die zwischen den Parteien widerstreitenden Interessen ab - seine Bindung an Recht und Gesetz stehen dabei außer Frage - der Verwaltungsangehörige hingegen hat stets ein Drittinteresse im Auge, das der Allgemeinheit, das er mittelbar zu seinem eigenen macht. Regelmäßig kollidieren die Interessen des Einzelnen mit denen der Allgemeinheit und demzufolge mit denen der Verwaltung, nicht aber mit solchen des Rechtsprechungsorgans.

Augenfällig wird diese Tatsache, verfolgt man den Gang des Verfahrens bei Antragstellung eines Bürgers auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis[3].
Erfüllt er die im Gesetz normierten Voraussetzungen, so ist die Verwaltungsbehörde gehalten, ihm die Er-

---

1) Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch,in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 361 ff. (372).

2) Man denke für den Verwaltungsbeamten nur an die Fälle der eingangs erwähnten streitentscheidenden Verwaltungsakte.

3) Vgl. § 3 EinzHG oder § 35 GewO.

laubnis zu erteilen. Stellt sie jedoch Mängel - beispielsweise in seiner Zuverlässigkeit - fest, dann hat sie dem Bewerber die Erlaubnis zu versagen. Eine derartige Entscheidung wird vornehmlich getragen und bestimmt vom Interesse der Allgemeinheit am Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden. Diesen Allgemeinbelangen hat der Gesetzgeber von vornherein Rechnung getragen und die Verwaltung ist daran gebunden.
Der Bewerber hat aber die Möglichkeit, nach Einlegung eines Widerspruchs[1], sofern dieser auch abschlägig beschieden worden ist, vor Gericht Klage auf Aufhebung des Ablehnungsbescheids zu erheben[2]. Das Gericht kann nun die Klage als unbegründet zurückweisen und damit die Verwaltungsentscheidung aufrechterhalten oder letztere aufheben und die Verwaltung zur Erlaubniserteilung anhalten.

In einem solchen Gerichtsverfahren ist jedoch die Stellung der Verwaltungsbehörde eine völlig andere als im Vorverfahren, eine andere aber auch als die des Gerichts. War die Behörde im Vorverfahren noch selbstbeteiligt und selbstentscheidend, so ist sie hier nur noch als Partei beteiligt, in gleicher Weise wie der Bürger der richterlichen Entscheidung unterworfen. Bestimmte sie im Vorverfahren noch ihr eigenes Verhalten durch Hoheitsakt gegenüber dem Gewaltunterworfenen, so entscheidet nun der Richter, was zwischen den ihm gleichrangig gegenüberstehenden Parteien Rechtens ist.
Der Antragsteller wollte ein ihm günstiges Handeln der Verwaltung erwirken, dies wurde ihm versagt, nun sucht er den Richter als neutrale Instanz auf.

---

1) Vgl. §§ 68 ff. VwGO.
2) Vgl. §§ 4o, 42, 113 VwGO.

Der Richter war in keiner Phase des Verfahrens selbstbeteiligt, mit seiner Entscheidung hat er auch nicht, wie zuvor die Verwaltung, sein eigenes Verhalten festgelegt, sondern lediglich als "ehrlicher Makler", als unparteiliche Entscheidungsinstanz einen konkreten Sachverhalt an Rechtsmaßstäben gemessen und entschieden.

Die unterschiedliche Stellung von Richter und Verwaltungsorgan kommt ebenso offenkundig in einem Amtshaftungsprozeß gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG zum Ausdruck. Obwohl der Richter als Organ des Staates tätig wird und der Staat in einem solchen Prozeß gleichsam als Partei auftritt, handelt der Richter doch nicht als Organ dieser einen Partei "Staat", sondern steht über den Parteien, erarbeitet einen Wahrspruch und befindet darüber, was zwischen ihnen Rechtens ist.
Zwar ist auch der Beamte gehalten, seine Aufgaben "unparteiisch und gerecht"[1] zu erfüllen, doch bedeutet dies vornehmlich, daß er sich dann der Parteinahme enthalten muß, wenn er gleichgelagerte Fälle zu beurteilen und darüber zu befinden hat. Es entbindet ihn nicht von der Verpflichtung, im Einzelfall öffentliche Interessen wahrzunehmen, somit staats-orientiert und das heißt letztlich mittelbar eigeninteressiert zu entscheiden. Der Richter aber entscheidet nicht, weil es das öffentliche Interesse so gebietet, sondern weil es nach Subsumtion unter vorgegebene Normen so allein Rechtens ist.

Folglich kann als wesentliches Merkmal rechtsprechender Tätigkeit die Neutralität des ausübenden Organs angenommen werden.

---

1) Vgl. § 52 Abs.I S.2 BBG; zur Eigenart richterlicher Neutralität vgl. auch Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967) S. 46 ff. (5o7/5o8).

4. Auch die Entscheidung in Unabhängigkeit ist der Rechtsprechung eigentümlich und den Richtern in Artikel 97 GG ausdrücklich garantiert. Doch ist dabei zu beachten, daß in ähnlicher Weise Verwaltungsorgane konstituiert sind - man denke an die Deutsche Bundesbank oder den Bundesrechnungshof[1] - die ebenfalls organisatorische Selbständigkeit und sachliche Unabhängigkeit erlangt haben, deren Handeln deshalb aber nicht als materiell rechtsprechend angesehen werden kann. Die Rechtsnatur hoheitlichen Tuns kann schwerlich von einem staatlichen Organisationsakt abhängig gemacht werden.

Gleichwohl bleibt die Garantie sachlicher Unabhängigkeit entscheidendes Kriterium richterlicher Stellung[2], so daß jede Beeinflussung von außen, und sei sie nur mittelbar, verfassungswidrig ist. Auch wenn etwa im Falle der Zurückverweisung durch die Revisionsinstanz das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die für die Aufhebung maßgebend war, seiner neuen Entscheidung zugrundezulegen hat[3], so beruht dies nicht auf einer Weisungsgebundenheit der unteren Instanz, sondern resultiert aus der für alle Instanzen geltenden Bindung an das Gesetz. Der Richter als Organwalter der Rechtsprechung ist allein dem Gesetz unterworfen, der Verwaltungsbeamte hingegen ist zwar auch an das Gesetz gebunden, er kann aber d a n e b e n in seiner Tätigkeit gelenkt und beeinflußt werden von internen Anordnungen, Dienstanweisungen oder sonstigen Maßnahmen, ohne deshalb eine unrechtmäßige Entscheidung zu

---

1) Vgl. § 12 Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 745), sowie § 1 Gesetz über Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes vom 27. November 195o (BGBl. I S.765).

2) Vgl. Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit, S. 56 ff.; Jahrreiß, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, S. 31/32.

3) Vgl. §§ 565 Abs. II ZPO, 358 Abs. I StPO, 144 Abs. VI VwGO.

fällen. Er ist grundsätzlich nicht, wie der Richter, institutionell aus dem Staatsapparat herausgelöst, sondern ein Teil desselben[1], was jedoch, wie die eingangs erwähnten Beispiele zeigen, als Unterscheidungskriterium zwischen den Gewalten nicht ausreicht. Wohl aber kommt diesem Merkmal die Bedeutung eines Indizes für den Gerichtscharakter des Staatsorgans zu.

5. Anerkennt man demnach die Rechtsgebundenheit des Richters, so fragt es sich, ob das Element der Ermessensfreiheit bei Ausübung hoheitlicher Funktionen ein für die Unterscheidung taugliches Kriterium darstellt. Man könnte zu der Ansicht neigen, die allein dem Gesetz unterworfene richterliche Tätigkeit lasse keinen Raum mehr für ein Ermessen, so daß in den Bereichen, da derartige Erwägungen anzustellen sind, materiell verwaltende Funktionen wahrgenommen werden.

Ein erster Blick auf die typischerweise den Gerichten und Verwaltungsbehörden obliegenden Aufgaben scheint diese Annahme zu bestätigen. Ist es doch einerseits nur schwerlich denkbar, die Verwaltung komme bei der Vielfalt der von ihr zu regelnden Lebenssachverhalte ohne die Freiheit der Wahl zwischen dieser oder jener Möglichkeit aus, und ist es andererseits ebensowenig vorstellbar, der Richter habe bei der Beurteilung eines Rechtsstreits mehrere Entscheidungsmöglichkeiten, wobei jede gleichermaßen richtig sein könnte.
Bei einer derartigen Schematisierung bliebe jedoch unberücksichtigt, daß auch dem Richter, will er ein gerechtes Urteil fällen, das Ermessen nicht fremd

---

1) Im weitesten Sinne gehörten natürlich auch die Rechtsprechungsorgane zum Staatsapparat.

ist, zieht man beispielsweise seine Erwägungen im Rahmen der Strafzumessung, der Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO oder das Gebiet des Vertragshilferechts in Betracht. Ob er dabei im Rahmen eines "billigen", "freien" oder "pflichtgemäßen" Ermessens handelt[1], kann hier dahinstehen, jedenfalls kommt dem Ermessen auch bei der Ausübung rechtsprechender Funktionen gesteigerte Bedeutung zu. Angesichts dieser Umstände geht die wohl herrschende Ansicht[2] zu Recht dahin, das Ermessen zwar als spezifisches Element der Verwaltung anzuerkennen, ihm aber die Eignung als Abgrenzungskriterium zwischen den Gewalten abzusprechen.

Nur so viel kann festgehalten werden: Auch dem Ermessen kommt eine gewisse indizielle Wirkung zu. Wo es lediglich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgeübt wird, liegt regelmäßig verwaltendes Handeln vor. Die Wahl zwischen mehreren verschiedenen Rechtsfolgen, die gleichermaßen "richtig" sind, hat der

---

1) Vgl. hierzu Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 365 ff.; Neumann-Duesberg, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952 S.7o5ff.; Westermann, Die richterliche Ermessensentscheidung, mitgeteilt von Schwarz, AcP 152 (1952/53) S. 445 ff.; Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 579f.; BGH MDR 1969 S. 66/67.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 1, S. 5; wohl auch Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 365 ff.; Lefringhausen, Materielle Abgrenzung, Diss. S. 1o2, m.w.N. ebenda, Fußnote 2o3.

Richter normalerweise nicht[1]. Er hat auch meist nur ein Beurteilungs-, kein Handlungsermessen - den Schuldigen muß er verurteilen, auf Antrag muß er die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO erlassen - und nicht zuletzt unterliegt er bei seiner Entscheidung über den "inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung"[2] in der Regel höherer Rechtsgebundenheit als der Verwaltungsbeamte.

6. Auch die Voraussetzungen, unter denen ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt wird, sind durchweg verschieden. Dem Verwaltungshandeln ist eigentümlich, daß es ohne Anlaß von außen erfolgt, der Richter dagegen wird erst auf Initiative eines Dritten hin tätig[3]. Dem Zivilrichter muß erst der Parteiantrag vorliegen, ehe er weitere Anordnungen trifft, dem strafrichterlichen Tun muß staatsanwaltschaftliches oder polizeiliches Ermitteln vorausgehen, ehe bestimmte Maßnahmen ergriffen werden, und auch der Verwaltungsrichter entscheidet erst nach vorangegangenem Widerspruchsverfahren.
Die Verwaltung hingegen ist eigeninitiativ. Im Rahmen der Daseinsvorsorge kann sie Maßnahmen er-

---

1) Betrachtet man § 9 HausratsVO, wonach der Richter bezüglich der erforderlichen Sachen zwischen den Ehegatten ein Mietverhältnis begründen, "statt dessen" aber auch das Eigentum auf den anderen Ehegatten übertragen kann, so bestätigt das allenfalls die Ansicht, daß es sich auch hierbei um materiell verwaltende Tätigkeit handelt; vgl. Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Lent, S. 17ff.; bezeichnenderweise gebrauchte die badische Gesetzessprache ehemals für die freiwillige Gerichtsbarkeit den Terminus "Rechtspolizei"; mitgeteilt bei Jellinek, Verwaltungsrecht, § 1,S. 5 a.E.

2) Jellinek, Verwaltungsrecht, § 2, S. 32.

3) Vgl. Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit, S. 138, Fußnote 4.

greifen, wenn und soweit es ihr notwendig erscheint, im ordnungsbehörlichen Bereich wird sie einschreiten, wenn sie es für zweckmäßig erachtet. Sie hat also die "Freiheit des ersten Entschlusses"[1], wogegen für den Richter die Maxime gilt: Ne eat iudex ex officio. Die Bindung an den Parteiantrag, das "ne ultra petita" des § 3o8 ZPO ist letztlich Niederschlag dieses Verbots der Eigeninitiative.

Da die Verwaltung aber auch auf Antrag tätig werden kann, sieht man auf das weite Feld öffentlicher Unterstützungsmaßnahmen , bildet die grundsätzliche Verschiedenartigkeit der Voraussetzungen, unter denen der jeweilige Funktionsträger tätig wird, kein für die Abgrenzung maßgebliches Kriterium. Es ist jedoch als Indiz für das Vorliegen verwaltenden Tuns zu werten, wenn ein Hoheitsträger Maßnahmen ergreift, die keines Antrags bedürfen und zu deren Vornahme er sich aus eigener Initiative entschliessen darf.

7. Liegt es im Wesen des Prozesses, Rechtsschutz zu gewähren, dem Parteienstreit ein Ende zu bereiten, über Art und Ausmaß einer Strafe zu befinden, und soll er nicht als Rechtsschutzeinrichtung versagen, so resultiert hieraus die Notwendigkeit, die ergangene Entscheidung, den Richterspruch, mit Endgültigkeit auszustatten. Ist es andererseits Aufgabe der Verwaltung, der Mannigfaltigkeit aller Lebenssachverhalte gerecht zu werden, so führt dies dazu, ihr bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben eine größere Dispositionsbefugnis hinsichtlich der getroffenen Maßnahmen

---

1) Jellinek, Verwaltungsrecht, § 2, S. 4o, was ihn zu der Bemerkung verleitet:" Gerade diese Freiheit des Entschlusses ist es, die den höheren Verwaltungsbeamten auch in seiner menschlichen Eigenart vom Richter unterscheidet", ebenda § 2 a.E., S. 4o.

zuzubilligen.
Diesen Bedürfnissen ist insoweit Rechnung getragen, als ein Richterspruch allenfalls in seinen Folgen, nicht aber in seiner Existenz aufgehoben oder abgeändert werden kann. Einmal rechtskräftig geworden, ist er gesetzesfest. Zum anderen ist jedoch die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht. Das bedeutet, daß die Rechtsprechung typischerweise "in der Sache das letzte Wort"[1] ist, der Verwaltungsakt hingegen den Wechselfällen des Lebens angepaßt werden kann[2]: Ist er belastend, so steht seiner freien Widerruflichkeit nichts im Wege, ist er mangelhaft oder hat er einen den Bürger begünstigenden Inhalt, kann er nach wohl herrschender Ansicht[3] gleichfalls beseitigt werden, wenn etwa ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht und das Vertrauen des davon Betroffenen keinen größeren Schutz gebietet.
Da aber auch im Bereich des Verwaltungshandelns der Bestandskraft einmal getroffener Anordnungen erhöhte Bedeutung beizumessen ist, wie zum Beispiel streitentscheidenden oder feststellenden Verwaltungsakten, kann auch dem hier erörterten Umstand allenfalls indizielle Wirkung zuerkannt werden. Hoheitliches Handeln, das der dem Richterspruch anhaftenden Rechtsbeständigkeit entbehrt und den sich ändernden Gegebenheiten unterworfen ist, trägt also regelmäßig verwaltenden Charakter.

---

1) Jahrreiß, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, S. 32.

2) Vgl. zum Problem der Rechts- und Bestandskraft von Verwaltungsakten und ihrem Widerruf Wolff, Verwaltungsrecht I, §§ 52, 53; Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 13.

3) Vgl. zum Ganzen BverwG E 5 S. 312 ff.; Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 1962 S. 39o ff. (395f.); Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 13, 2), S. 251 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 53, der aber das öffentliche Interesse allein nicht ausreichen läßt.

8. Nach dem bisher Gesagten läßt sich feststellen, daß bei Vorliegen bestimmter Merkmale auf rechtsprechende oder verwaltende Tätigkeiten geschlossen werden kann. Es sollten an dieser Stelle lediglich die charakteristischen Verschiedenheiten zwischen den Gewalten aufgezeigt werden, um von hier aus eine Bestimmung des Vollstreckungs- und Vollzugshandelns vorzunehmen.
Noch eine Vielzahl typischer, der Rechtsprechung eigener Kriterien ließe sich aufzeigen, die allenthalben in der Literatur zur Abgrenzung herangezogen werden. So die Feststellung, der Richter könne im Gegensatz zur Verwaltung rechtsfortbildend oder gar rechtsschöpfend wirken[1], oder der Grundsatz rechtlichen Gehörs stelle einen wesentlichen Bestandteil rechtsprechender Methodik dar[2], oder schließlich, der Richterspruch als Akt der Erkenntnis hebe sich von dem Verwaltungsakt als reiner Willensäußerung ab[3]. Dieser verkörpere den Staatswillen, jener habe "für Recht erkannt". Verwaltung sei die Verwirklichung öffentlicher Belange im Einzelfall, die Tätigkeit innerhalb gegebener Richtlinien im Gegensatz zu richtungweisendem Tun, die zukunftsorientierte Sozialgestaltung im Gegensatz zu der - regel-

---

1) Vgl. Schneider, Gewaltenteilung im Rechtsstaat, AöR 82 (1957) S. 1 ff. (14 ff.); Scholtens, Die Rechtsprechung als Rechtsquelle, DRiZ 1959 S. 167 ff. (17o); diese Frage ist jedoch nicht unstreitig, vgl. Hamann, Grundgesetz, Artikel 97, S. 4o2 letzter Abs., m.w.N.

2) Noch in jüngster Zeit war es zweifelhaft, ob der Grundsatz rechtlichen Gehörs auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelte, vgl. Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit I, § 19 I; inzwischen hat sich die Bejahung des Grundsatzes aber allgemein durchgesetzt, vgl. BverfG E 19 S. 49, aber auch BverwG DVBl 1968 S. 43o.

3) Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 361 ff. (376); ähnlich Wertenbruch, Gewaltenteilung und Rechtspfleger, Rpfl. 1962 S. 77 ff. (79/8o).

mäßig - rückbezogenen Rechtsentscheidung[1]. Auch diese Merkmale können ergänzend zur Qualifizierung hoheitlichen Tuns herangezogen werden.

9. Auf eine Erfassung der Rechtsprechung im formell-funktionellen Sinne ist nicht näher einzugehen. Soll doch angesichts der Tatsache, daß nicht jeder Gewaltträger nur Aufgaben der ihm eigenen materiellen Funktion wahrnimmt, versucht werden, die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung des Vollstreckungs- und Vollzugshandelns einer Lösung näherzubringen.

Vereinfachend kann man unter Rechtsprechung in diesem Sinne die Betätigung des unabhängigen Staatsorgans Richter (Gericht) verstehen, ohne Rücksicht auf den Inhalt der ihm zugewiesenen Aufgaben[2]. Die Richter-(Gerichts-)qualität eines Staatsorgans ist dann zu bejahen, wenn der Gerichtsträger organisatorisch verselbständigt, also von der Verwaltung losgelöst ist, wenn der Spruchkörper eine personelle Trennung von der Verwaltung aufweist und die ihm angehörenden Glieder in Weisungsfreiheit entscheiden können. Regelmäßig wird auch eine fachliche Qualifikation, zumindest vom Vorsitzenden des Recht-

---

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 1, S. 3 ff. (6); auch Rechtsprechungsakte können in die Zukunft weisende Bedeutung haben, denkt man etwa an die Entscheidungen des Großen Senats des Bundesgerichtshofs in Fragen von grundsätzlicher Bedeutung nach § 137 GVG oder an die auf Vorlegung gemäß §§ 12o Abs. III, 121 Abs. II GVG ergehenden Erkenntnisse. Auch hieran erweist sich, daß es allenfalls um die Herausstellung typischer Unterscheidungsmerkmale gehen kann, und daß letztlich in den meisten Akten hoheitlicher Gewalt Elemente aller drei Staatsfunktionen enthalten sind.

2) Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, S. 129; vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 19 III.

sprechungsorgans, zu verlangen sein[1].

1o. Zusammenfassend können die folgenden typischen Merkmale zur Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung hervorgehoben werden: Die Verwaltungsbehörde entscheidet regelmäßig in eigener Sache, der Richter regelt die Angelegenheiten Dritter. Jene ist eigeninteressiert, parteiisch, dieser fremdbezogen, neutral. Ein Handeln in eigener Initiative und ohne unmittelbaren Anstoß von außen ist verwaltend, Untätigbleiben bis auf einen Anruf hin ist der Rechtsprechung eigen. Die Ermessensausübung ist dem Verwaltungshandeln immanent, dem Richter nur in Ausnahmefällen möglich.
Der Richterspruch ist rechtsbeständig, der Verwaltungsakt abänderbar. Der Richter steht unter der Garantie der Unabhängigkeit und ist weisungsfrei, der Verwaltungsbeamte ist Teil einer hierarchischen Struktur und weisungsgebunden. Sein Handeln ist letztlich eine Erklärung des Staatswillens, gestaltend und zukunftsorientiert, der Richterspruch ist ein Erkenntnisakt und regelmäßig rückbezogen auf einen abgeschlossenen Tatbestand.

Danach ist Rechtsprechung die Aufgabe des in Unabhängigkeit und Unparteilichkeit handelnden staat-

---

1) Vgl. im einzelnen hierzu: BverfG E 4 S. 93; OVG Münster DVBl 1951 S. 351; Bettermann, Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung? DÖV 1959 S. 761 ff. (763/764) und in: Die Unabhängigkeit der Gerichte, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III, 2. Halbband, S. 523 ff. (628 ff.); Kern, Begriff des Gerichts, DÖV 1954 S. 675 f. (676).

lichen Organs Richter, in Anwendung geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen, was Rechtens ist.
Verwaltung ist die zweckorientierte, selbstbeteiligte Verwirklichung öffentlicher Belange durch die dazu berufenen Organe.

B. Vollstreckung und Vollzug als rechtsprechende oder verwaltende Tätigkeit

I. 1. Legt man die aufgezeigten Maßstäbe zur Qualifizierung hoheitlichen Tuns den in der Strafprozeßordnung erfaßten Vollstreckungshandlungen zugrunde, so fragt es sich, ob hier in der Tat ein "Theil der eigentlich richterlichen Funktionen"[1] in die Hand weisungsabhängiger Beamter gelegt worden ist oder ob die Strafvollstreckung doch nicht zur richterlichen Tätigkeit gehört und sich nur als "Akt der Justizverwaltung"[2] darstellt.
Vornehmlich die Diskussionen über die Zuständigkeit zur Entscheidung über Strafaufschub und Anrechnung der Dauer des Aufenthalts in einer Krankenanstalt zeigen, daß auch im Verlauf der Beratungen zum Entwurf einer Strafprozeßordnung über das Wesen der Vollstreckungshandlungen noch Unklarheit herrschte.
Der Abgeordnete Herz[3] meinte, es stehe mit den allgemeinen Prozeßprinzipien und der Gerechtigkeit nicht im Einklang, wenn der Staatsanwalt über ein

---

1) Abg. Bähr, Hahn, Materialien (1885), S. 573.
2) Direktor von Amsberg, Hahn, Materialien (1880), S. 1131.
3) Abg. Herz, Hahn, Materialien (1885), S. 1129.

Strafaufschubgesuch entscheide, wogegen der Abgeordnete Struckmann[1] die Ansicht vertrat, es seien lediglich Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsgründe maßgeblich. Hier handele es sich "nicht um ein Recht", so daß es in der "Natur der Sache" liege, eine Verwaltungsbehörde und nicht das Gericht mit der Entscheidung zu betrauen, da letzteres "nur mit der Rechtsprechung zu thun habe".
Zur Frage der Anrechnung des Krankenhausaufenthalts äußerte der Abgeordnete von Amsberg[2], hierüber dürfe kein Gericht entscheiden, da es sich nicht um Rechts-, sondern lediglich um Zweckmäßigkeitsfragen handele, was der Abgeordnete Bähr[3] wiederum entschieden bestritt und weswegen er die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde ablehnte.

a. Bedenkt man aber, in welcher Form der Staat die Vollstreckung betreibt, welche Erwägungen dabei angestellt werden und welche Stellung die Vollstreckungsorgane hierbei einnehmen, so erhellt, daß die nach der Strafprozeßordnung zu treffenden Vollstreckungsmaßnahmen materiell verwaltender Natur sind.

Einmal besitzt der Staat das Monopol der Vollstreckung, ebenso wie das der Gerichtsbarkeit, er wird hier aber regelmäßig erst auf Anruf tätig, während er dort von sich aus diejenigen Maßnahmen ergreift, die ihm geboten erscheinen. Ja er muß sogar, soll die Strafe nicht ihre Wirksamkeit verlieren, an einer schnellen und sinnvollen Vollstreckung interessiert sein, wodurch er zwangsläufig den Verfahrensbeteiligten nicht mehr unparteiisch gegenüber-

---

1) Abg. Struckmann, Hahn, Materialien (1885), S.1131.

2) Direktor von Amsberg, Hahn, Materialien (1885), S. 1134.

3) Abg. Bähr, Hahn, Materialien (1885), S. 1134.

steht. Dabei ist den Vollstreckungsorganen regelmäßig ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, allesamt also Merkmale, die dem verwaltenden Tun eigen sind.
Des weiteren sind bei Einleitung und Durchführung der Strafvollstreckung vor allem Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgebend, wie schon das anschauliche Beispiel des Abgeordneten Reichensperger[1] zeigt, wonach Forstfrevel beim Herannahen des Winters vielfach systematisch verübt werde, die Staatsanwaltschaft die Strafen aber , "ebenso absichtlich", erst im Frühjahr zu vollstrecken pflege. Die Staatsanwaltschaft kann den Vollzugsbeginn auch aus Gründen des öffentlichen Interesses aufschieben[2], eine allein hiervon bestimmte richterliche Entscheidung ist schwerlich vorstellbar.
Es gelten demnach im Rahmen der Vollstreckung insbesondere die von dem Abgeordneten Bähr bezweifelten "Opportunitätsrücksichten"[3], gleichfalls gewichtiges Indiz für das Vorliegen verwaltender Tätigkeiten.

b. Für die der Vollstreckungsbehörde nach der Strafvollstreckungsordnung zugewiesenen Geschäfte gilt im wesentlichen das gleiche.
Mit der Gestattung des Wochenendvollzugs nach § 32 StVollstrO erteilt sie dem Verurteilten einen Teil-Gnadenerweis, eine typischerweise von Exekutiv-Organen wahrgenommene nichtrichterliche Tätigkeit[4].

---

1) Abg. Reichensperger, Hahn, Materialien (1885), S. 1131.

2) Vgl. die Beispiele bei Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band,§455 Anm.2,sowie Anm. 7, 1. Absatz.

3) Abg. Bähr, Hahn, Materialien (1880),S.1133.

4) Junker, Über Gnadenwesen, ZStW 63 (1951)S.428ff. (433): "Akt der Verwaltung", unter Bezugnahme auf §42 PreußGnadenG vom 1.August 1933;vgl. auch BayVerfGH NJW 1966 S.443;OLG Oldenburg MDR 1965 S.221; der Gnadenerweis bezieht sich dabei auf den nicht verbüßten Strafrest, Schäfer in Löwe-Rosenberg,Strafprozeßordnung,2.Band,§451 Anm.X 1b, S. 286; OLG Hamm NJW 1967 S.1870,m.w.N.

Ist der Verurteilte wegen körperlicher oder geistiger Erkrankung vollzugsuntauglich, so kann sie gemäß § 45 StVollstrO die Vollstreckung unterbrechen. Auch hier entscheidet die Vollstreckungsbehörde nicht wie ein Richter als neutrale Instanz über ihr fremde Interessen, sondern hat angesichts der ihr auferlegten Überwachungsfunktion die Aufgabe, für einen reibungslosen und ordnungsgemäßen Vollzug zu sorgen und demzufolge neben den Interessen des Verurteilten auch die der Vollzugsbehörde wahrzunehmen. Sie kann dabei, sofern es ihr notwendig erscheint, von Amts wegen vorgehen und nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden. Ihr Tun weist also charakteristische Merkmale des Verwaltungshandelns auf.
Sofern sie von ihrem Ermessen willkürlich oder mißbräuchlich Gebrauch gemacht hat, etwa im Falle einer ungerechtfertigten Unterbrechungsablehnung, kann der Verurteilte die Anordnung anfechten. Nunmehr ist die Vollstreckungsbehörde befugt, ohne Anregung von außen ihre Entscheidung zu ändern, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie die Verhältnisse nur anders beurteilt oder ob diese sich geändert haben[1].

Gerade daran erweist sich der Unterschied zu der eigentlich richterlichen Tätigkeit. Zeichnet sich letztere durch Rechtsbeständigkeit aus, so ist hier die Abänderbarkeit in das Ermessen der erlassenden Behörde gestellt. Befindet der Richter noch über ihm fremde Interessen, so handelt hier ein eigeninteressiertes Verwaltungsorgan. Wird jener regelmäßig erst auf Anruf tätig, so kann dieses ohne Anstoß von außen, eigeninitiativ, vorgehen.

---

1) Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 45 Anm.II 4 b) a.E., S. 444/445.

Die Tatsache, daß Zweckmäßigkeitserwägungen eine entscheidende Rolle spielen, zeigt sich ebenso an den Maßnahmen gemäß §§ 27, 33, 34 StVollstrO. Sofern der nach § 27 StVollstrO zum Strafantritt Geladene sich nicht stellt und die Vollziehung eines Haftbefehls ist erforderlich, kann die Vollstreckungsbehörde, falls der Verurteilte sich innerhalb der Landesgrenzen aufhält, entweder nach § 33 Abs. V StVollstrO eine Polizeidienststelle des Landes oder aber nach § 163 GVG die zuständige Staatsanwaltschaft um Vollziehung ersuchen. Weiterhin kann sie, sollte sich der Verurteilte verborgen halten oder flüchtig sein, einen Steckbrief erlassen, wobei sie über die Tatsachen, die die Annahme der Flucht rechtfertigen, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat. Je nach Lage des Falles ist sie auch imstande, andere ihr zweckdienlich und erfolgversprechende Maßnahmen zu treffen, die der Aufenthaltsermittlung und Festnahme dienen[1].

Mit der ihr auferlegten Überwachungspflicht von Art und Dauer der zu vollstreckenden Entscheidung (§ 36 StVollstrO) und der damit notwendigerweise verbundenen Berechnung der Strafzeit nimmt die Vollstreckungsbehörde Aufgaben wahr, die ebensowenig als richterliche qualifiziert werden können. Wenn sie prüft, ob der Verurteilte sich in der für ihn sachlich zuständigen Vollzugsanstalt befindet oder ob durch eine Vollstreckungsunterbrechung eine Änderung der Strafzeit eingetreten oder die rechtzeitige Entlassung aus der Strafanstalt erfolgt ist, mißt sie ihr Tun zwar an den ihr in die Hand

---

1) Vgl. zum Ganzen Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 27 Anm. II 2 b), S. 281, § 34 Anm.II 1, S. 325; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2. Band, § 457 Anm. 1 bis 5.

gegebenen Rechtsnormen, sie erarbeitet aber nicht einen Wahrspruch oder trifft einen Erkenntnisakt, sondern verwirklicht als das dazu berufene Organ zweckorientiert und selbstbeteiligt durchführend öffentliche und private Belange, wobei vornehmlich die Ordnungsfunktion Inhalt, nicht nur Folge ihrer Tätigkeit ist.
Selbst wenn man berücksichtigt, daß die zur Qualifizierung hoheitlichen Tuns erarbeiteten Merkmale primär auf die "normale", also eigenständig mit Verwaltungsaufgaben befaßte Verwaltung zutreffen und die Vollstreckung gleichsam als Hilfsfunktion der Rechtsprechung deren eigengesetzlichen Zwecken zugeordnet ist, so kann doch zusammenfassend festgestellt werden, daß sie, soweit sie nach der Strafprozeß- und Strafvollstreckungsordnung wahrgenommen wird, als materiell verwaltende Tätigkeit zu qualifizieren ist[1].

c. Vollstreckungshandlungen im weiteren Sinne bilden auch die dem Gericht im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung und der bedingten Entlassung obliegenden Aufgaben, und es bleibt die Frage offen, welcher materiellen Kategorie die hier anfallenden Funktionen zuzuweisen sind.

aa) Im Hinblick auf die organisatorische Abwicklung und die Stellung des wahrnehmenden Organs fällt ein erster, bemerkenswerter Unterschied auf: Die Vollstreckungsakte im Bereich der "Vollstreckungsstrafe" stehen weisungsgebundenen Organen zu, die hier erforderlichen Entscheidungen ergehen in einem gerichtlichen Verfahren und unter der Garantie richter-

---

1) Die sogenannten Nebengeschäfte der Vollstreckung (Mitteilungen an das Strafregister, die Verkehrssünderkartei, Herausgabeanordnungen etc., vgl. Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 1o, Anm. III, S. 151 ff.) können hier unberücksichtigt bleiben, da es sich um rein verwaltungstechnisch-statistische Arbeiten handelt.

licher Unabhängigkeit.
Das Gericht befindet in der Besetzung, die in der Hauptverhandlung tätig war, über die Bewährungsanordnungen nach §§ 24 bis 24c StGB, die, zusammengefaßt in einem gesonderten Beschluß, mit dem Urteil zu verkünden sind (§ 268 a StPO). Der Bewährungshelfer, der nach § 24 c Abs. III S. 2 die Erfüllung der Auflagen und Weisungen zu überwachen hat, wird gleichfalls vom Gericht bestellt, wiewohl er nicht in allen Bundesländern organisatorisch der Justiz eingegliedert ist[1]. Auch der Widerruf der Strafaussetzung sowie der Erlaß der Strafe (§§ 25, 25 a StGB) ebenso wie die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes nach § 26 StGB erfolgen durch das Gericht, das in der Strafsache im ersten Rechtszuge erkannt oder nach § 46o StPO die Gesamtstrafe gebildet hat[2].

Mithin handelt es sich hier, legt man den eingangs dargelegten Rechtsprechungsbegriff zugrunde, zumindest um Rechtsprechung im formellen Sinne: das unabhängige Staatsorgan Richter erledigt in einem gerichtlichen Verfahren die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben.
Diese Aussage besagt jedoch noch nichts über die materielle Natur der ihm obliegenden Funktionen. Eine solche läßt sich erst treffen, sofern man Wesen und Zielrichtung der Einzelanordnungen an den Merkmalen mißt, die über das Kriterium der Unabhängigkeit des Staatsorgans hinaus zum materiellen Rechtsprechungsbegriff dargelegt worden sind.

bb) Nach § 24 a Abs. I, II StGB kann das Gericht dem Verurteilten Auflagen erteilen, es hat aber auch

---

1) So in Niedersachsen und Hamburg, vgl. die Aufstellung bei Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, § 24 a.

2) §§ 453 Abs. II S. 1, 454 Abs. III StPO.

die Möglichkeit, von dem Katalog der Weisungen des § 24 b Abs. II StGB Gebrauch zu machen, der nur beispielhaft[1] die Anordnungen wiedergibt, die der Erziehung und Resozialisierung des Straftäters dienen.

Tragen die Auflagen nach § 24 a StGB noch mehr eine Genugtuungs- und Sühnefunktion, so stellen sich die Weisungen nach § 24 b StGB als ein Mittel dar, auf die Lebensführung des Verurteilten einzuwirken und ihn von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Das Gericht kann ihm etwa aufgeben, Weisungen zu befolgen, die sich auf Aufenthalt, Arbeit oder Freizeit beziehen, die den Umgang mit bestimmten Personen oder Personengruppen betreffen oder die ihn anhalten sollen, bestehenden Unterhaltspflichten nachzukommen (vgl. § 24 b Nr. 1, 3, 5 StGB). Der Richter ergreift also Maßnahmen, die vornehmlich spezialpräventiven Zwecken dienen und in die Zukunft weisende Bedeutung haben[2].

Die Weisungen tragen - im Gegensatz zu den Auflagen - primär nicht sühnenden Charakter, sondern sollen - und das haben sie mit den Auflagen gemein - dem Verurteilten Gelegenheit zur tätigen Bewährung geben. Es wird ihm nicht nochmals ein besonderes Strafübel auferlegt, sondern mehr eine erzieherische Hilfestellung[3] gewährt.

---

1) Vgl. BT-Drucks., 5. W.P., Nr. 4o94, S.1o zu §§ 24a, 24b; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 24a Rdnr. 8, § 24b Rdnr. 3; Petters-Preisendanz, Strafgesetzbuch, § 24a Anm. 2, § 24b Anm.2; zur Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel des § 24a.F. StGB vgl. Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S.142 ff. (147);die dort angestellten Überlegungen zu § 24 a.F. StGB können nunmehr entsprechend für die Regelung in § 24 b Abs. II n.F. StGB herangezogen werden.

2) Daß der Verurteilte die Auflagen oder Weisungen zuweilen als die größere "Strafe" empfindet, ist hier nicht von Belang.

3) BayVerfGH NJW 1968 S. 587 sieht in der Auflagenfestsetzung - auch - eine ethische Rechtfertigung des Verzichts auf die Vollstreckung der erkannten Strafe.

Damit aber unterscheidet sich die Weisungserteilung wesentlich vom richterlichen Urteil: Hat der Richter im Urteil noch eine Antwort gegeben auf die Frage nach der Schuld des Angeklagten und ihrem Ausmaß, so fällt hier als spezifisches Element der Erziehungs- und Besserungszweck ins Gewicht. Stellt sich die Strafe noch als Reaktion des Staates auf geschehenes Unrecht dar, so orientiert sich die Weisung an der Erwartung zukünftigen Wohlverhaltens. Bildet die Straftat bei Verhängung der Strafe noch Anknüpfungs- und Zumessungsgrund, so ist sie hier zum allgemeinen Anknüpfungspunkt " dieser fürsorgerischen Tätigkeit herabgesunken"[1]. Der Richter stellt also nicht mehr fest, was, gemessen an der Schuld des Täters, die gerechte Sühne sein soll, sondern geht über seine eigentlich spruchrichterliche Funktion hinaus und erwägt, was im konkreten Falle zweckmäßig ist[2].
Wohl kann und mag es meist sein, daß sich die zweckmäßigste Maßnahme zugleich als die gerechteste darstellt, allein entscheidend bleibt jedoch die Möglichkeit des Richters, eine überwiegend an pädagogischer oder kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit orientierte Entscheidung zu treffen. Hier geht es nicht mehr um eine " sittlich notwendige Antwort auf begangene Schuld"[3], sondern um fürsorgerisch-erzieherische Maßnahmen im Rahmen der Resozialisierung. Der Richter muß eine gerechte Strafe verhängen und darf die zweckmäßigste Weisung erteilen.

---

1) Baumann, Die Auflagenkataloge im Strafrecht, GA 1958 S. 193 ff. (203), spricht - wohl zu weitgehend - von einem "kriminalpolitisch ausgerichteten Balanceakt", wobei die Bemessung des Strafübels "nach spekulativen Gesichtspunkten" erfolge.

2) Bezeichnend ist die Bemerkung von Gallas, der Richter müsse im Einzelfall das tun, "was er für das Geeignetste hält"; vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1.Band, Grundsatzfragen (Bonn 1956), 9. Sitzung vom 15.Oktober 1954, S. 199.

3) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 206.

Aus dieser Zweckgebundenheit, die gleichsam ein Regulativ für die Gesetzmäßigkeit der jeweiligen Anordnung bildet[1], erhellt, daß der Richter im Bereich der Weisungserteilung nicht mehr rechtsprechende, sondern materiell verwaltende Funktionen wahrnimmt, die sich allenfalls noch in den Voraussetzungen von denen staatlicher Fürsorge oder Wohlfahrtspflege unterscheiden.

Über diese Unterschiede in der Zielfunktion hinaus weist sein Tun weitere Merkmale auf, die typischerweise der Rechtsprechung fremd sind. Gilt für den Richterspruch das Prinzip grundsätzlicher Unabänderlichkeit, so liegt es geradezu im Wesen der Bewährungsanordnungen, sie den jeweiligen Erfordernissen anzupassen. Der Richter ist bei Durchführung der "Aussetzungsstrafe" nicht an die Einhaltung einmal getroffener Anordnungen gebunden, sondern kann diese nachträglich ändern oder aufheben[2]. Inhalt und Umfang sind dabei stets durch die jeweilige Funktion begrenzt, und in diesem Rahmen entscheidet der Richter nach seinem Ermessen. Nicht von ungefähr heißt es in der amtlichen Begründung zum § 24 a.F. StGB[3], der Entwurf vertraue darauf, daß die Gerichte "brauchbare Methoden" zur unmittelbaren Einwirkung auf den Straftäter entwickeln würden.
Anders das richterliche Strafurteil. Es kann nicht den sich ändernden Verhältnissen angepaßt werden, seine elastische Handhabung verbietet sich geradezu. Hat der Richter einmal für Recht erkannt, so bleibt dies in der Sache das letzte Wort, selbst wenn es den Interessen der davon Betroffenen nicht mehr entspräche. Grundsätze der Variabilität und der jeweiligen Zweckorientierung sind typische Wesensmerkmale

---

1) Vgl. das anschauliche Beispiel OLG Saarbrücken NJW 1958 S. 722.

2) Vgl. §§ 24 Abs. III a.F., 24 d n.F. StGB.

3) BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 3713, S. 29 zu § 24.

verwaltender Tätigkeit, die ohne dies ihren Zwecken schwerlich gerecht werden könnte[1]. Wird aber der Richter damit betraut, so verwaltet auch er, und seine formal unabhängige Stellung ändert nichts an der Natur der zugrundeliegenden Maßnahme.

Als Charakteristikum rechtsprechender Tätigkeit war weiterhin die Unparteilichkeit des Wahrnehmungsorgans hervorgehoben worden. Solange das Gericht über Schuld oder Nichtschuld zu befinden hat, kann es dieser Frage nachgehen, ohne einseitig die Interessen des Angeklagten oder die der Öffentlichkeit abwägen zu müssen. In dem Augenblick aber, da es um die Festlegung bestimmter Auflagen, deren Durchführung und Überwachung geht, hat es kaum mehr die Möglichkeit, als neutrale Instanz zu fungieren. Der Richter muß abwägen, ob es etwa eine erzieherische Wirkung hat, dem Angeklagten die Zahlung einer Geldbuße zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung aufzuerlegen oder ob das Interesse des geschädigten Opfers fordert, dessen Schaden wiedergutzumachen. Er muß sich unter Umständen in die Lage des Täters versetzen, um von hier aus entscheiden zu können, ob für diesen die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer von größerem Nutzen ist als die Befolgung irgendwelcher Weisungen. Dann aber kann er kaum noch als unparteiische, neutrale Instanz angesehen werden. Die Fremdbezogenheit, die ihm in seiner Richterfunktion eignet, verliert er insoweit, als er - wenn auch aus guten Gründen - einseitig Interessen wahrnimmt.

---

1) Bezeichnend ist auch die Bemerkung von Baldus in der 8. Sitzung der Großen Strafrechtskommission, es sei "auf einen größeren Ideenreichtum des Richters bei der Anordnung von Auflagen hinzuwirken"; vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1. Band, Grundsatzfragen (Bonn 1956), 8. Sitzung vom 14. Oktober 1954, S. 189.

Dies ist ihm umsomehr möglich, wenn er sich nicht an den Katalog des § 24 b Abs. II StGB hält, sondern von der Generalklausel des Abs. I S. 1 Gebrauch macht. Auch hier wieder ein Hinweis auf seine Verwaltungsfunktion, denn gerade im Bereich der Verwaltung sind generalklauselartige Ermächtigungen zuhause und der Rechtsprechung, vor allem im Rahmen der Straf-Rechtsprechung, grundsätzlich fremd.[1]

Ein weiteres kommt hinzu, sein Tun als materiell verwaltend zu qualifizieren. Grundsätzlich, so konnte festgestellt werden, wartet der Richter auf einen Anstoß von außen, mangelt ihm die Eigeninitiative. Stellt sich aber im Verlauf der Bewährungszeit heraus, daß die ursprünglich verhängte Bewährungsanordnung keine erzieherische Wirkung auf den Verurteilten ausübt, hat er die Möglichkeit, sie im Rahmen der pädagogischen Erfordernisse abzuändern, und zwar nicht nur zugunsten, sondern auch zuungunsten des Täters[2]. Er bedarf hierzu keiner gesonderten Anregung, sondern kann im Rahmen seines Ermessens, soweit er es für zweckmäßig und erforderlich hält, von sich aus tätig werden.

Dabei fällt auf, daß die getroffenen Maßnahmen dem Verbot der Verschlechterung nicht unterworfen sind[3]. Der Rechtsmittelrichter kann also aufgrund eigener Erwägungen die Bewährungspflichten abändern, ohne an

---

1) Daß dies oft zu sonderbaren Ergebnissen führt, zeigen die bei Bruns, Strafrichterliche Auflagen, GA 1959 S. 193 ff. (2o2/2o3) mitgeteilten Auflagen; den § 1 StVO hundertmal abzuschreiben, in der Bewährungszeit keinen Alkohol zu trinken, oder als Verkehrsrowdy einem Wanderverein beizutreten.

2) OLG Nürnberg GA 1962 S. 91.

3) OLG Stuttgart NJW 1954 S. 611; Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 268 a Anm. 2, ebenso Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 29.Aufl. (München 197o), § 268 a Anm. 2; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 24 Rdnr. 28, anders aber in: Strafgesetzbuch, (15.Aufl., München 197o), § 23 Rdnr. 56, § 24 d Rdnr. 3, 5: hinsichtlich der Auflagen sollte das Verbot der reformatio in peius gelten.

die vorinstanzlichen Gründe gebunden zu sein. Das aber wäre, zumindest was eine Verschlechterung anlangt, nicht möglich, könnte man die Erteilung von Bewährungsanordnungen als "gleichwertiges" Ergebnis rechtsprechender Tätigkeit ansehen und damit eine urteilsgleiche Qualität bejahen.

Wie sehr sich die Ausgestaltung des Stadiums der Bewährung am Gedanken der Erziehung und Resozialisierung zu orientieren hat, erhellt aus der weiteren Tatsache, daß das grundsätzlich zur Entscheidung berufene Gericht des ersten Rechtszuges - oder das nach § 46o StPO die Gesamtstrafe gebildet hat - die nachträglich zu treffenden Anordnungen dem Amtsrichter übertragen kann, in dessen Bezirk der Verurteilte wohnt, auch dann, wenn das Schöffengericht im ersten Rechtszug erkannt hat[1]. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß die zweckmäßigste Maßnahme regelmäßig nur von demjenigen Organ angeordnet werden kann, das möglichst unmittelbar die Lebensführung des Verurteilten zu übersehen vermag.

Und ein letztes ist zu bedenken, will man die Frage nach der Rechtsnatur der dem Richter auferlegten Funktionen annähernd sachgerecht beantworten: Die Auflagen und Weisungen, die der Richter erteilt, sind nicht durchsetzbar, dem Verurteilten wird ein Verhalten auferlegt, das rechtlich nicht erzwingbar ist.

Es mag wohl sein, daß der unter Bewährung Stehende sich unter einem für ihn spürbaren - faktischen -Zwang befindet, da die Nichterfüllung der Auflagen und Weisungen den Widerruf der Aussetzung und damit die Voll-

---

1) § 453 Abs. II S. 2 StPO; mit der Übertragung der örtlichen Zuständigkeit kann folglich auch eine Änderung der sachlichen Zuständigkeit einhergehen, vgl. BGH St 1o S. 288 ff.

streckung der erkannten Strafe zur Folge hat, das aber ändert nichts an der mangelnden Durchsetzbarkeit einmal erkannter Maßnahmen. Es ist in das Belieben des Einzelnen gestellt, ob er sich dem "Richterspruch" fügt, um vom Strafvollzug verschont zu werden, oder ob er ihm zuwiderhandelt und die Vollstreckung herbeiführt.
Eine derartige Wirkung kann jedoch schwerlich rechtsprechendem Tun beigemessen werden. Es liegt im Wesen eines Urteils, einen "Titel" zu bilden, Grundlage zu sein für ein erzwingbares Verhalten[1], und es ist richterlicher Funktion eigentümlich, ein urteilsgerechtes Verhalten fordern zu dürfen, denn nur so vermag der Richter seiner Aufgabe gerecht zu werden, auch den Rechtsfrieden zu wahren. Hier aber ist Wohlverhalten im Sinne der erteilten Auflagen und Weisungen nicht erzwingbar, sondern wird mit Verschonung vom Vollzug der erkannten Strafe belohnt.

cc) Nicht allein die Anordnung der Bewährungspflichten obliegt dem Richter, auch die Überwachung während der Bewährungszeit fällt in seine Zuständigkeit. War dies anfangs noch heftig umstritten, so hat nun der Gesetzgeber in § 453 b StPO die Überwachungsaufgabe des Gerichts positiv-rechtlich festgelegt[2].

Aber gerade der zuvor stattgefundene Meinungsstreit zeigt auf, daß sich die Zuweisung der Überwachungsfunktion an den Richter nicht als zwingende Notwendigkeit darstellte und erst recht nicht aus der materiellen Natur der zugrundeliegenden Anordnungen folgte, sondern vornehmlich eine Frage der Zweck-

---

1) Auch hier sind Ausnahmen vom Grundsätzlichen unvermeidbar, denkt man etwa an reine Feststellungsurteile, die der Vollstreckung nicht fähig sind.

2) § 453 b StPO wurde durch Artikel 1o Nr. 1o des Strafprozeßänderungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 eingefügt (BGBl. I S. 1o67).

mäßigkeit war, die sich am Sinn der Regelung und der Praktikabilität orientierte.

Das OLG Düsseldorf[1] lehnte es ab, die Überwachung der Bewährungsauflagen dem Gericht zu übertragen, da dieses grundsätzlich rechtsprechende Funktionen wahrzunehmen habe. Die Überwachung jedoch sei vollziehende Tätigkeit und als solche Aufgabe nicht der Richter,"sondern der Verwaltung und damit der Staatsanwaltschaft".
Demgegenüber argumentierte der Bundesgerichtshof[2], wenn die Verwirklichung des erzieherischen Einflusses in die Hand der Gerichte gelegt sei, so wäre es "in hohem Maße unpraktisch", nunmehr die Überwachung von der eigentlichen Entscheidung zu trennen. Damit ließ das Gericht die grundsätzliche Frage außer Betracht, ob eine Erziehungsfunktion überhaupt Sache des Richters sein dürfe - es stellte sie als gegeben vorweg - und entschied nur konsequent, indem es angesichts dieser - von ihm angenommenen-Sachlage die Überwachung der Auflagenerteilung dem Gericht zuwies.
Das Problem der materiellen Qualifizierung jener "richterlichen" Tätigkeit blieb aber ebenso unberücksichtigt wie in der späteren amtlichen Begründung zu § 453 b StPO, in der es lapidar heißt, hiermit werde der Tatsache Rechnung getragen, daß Gegenstand der Überwachung eine dem Erziehungszweck der Strafe entsprechende Eigenleistung des Verurteilten sei, die die Vollstreckung des eigentlichen Strafurteils entbehrlich machen solle[3].

---

1) OLG Düsseldorf NJW 1958 S. 1oo7.

2) BGH St 1o S. 288; ebenso OLG Köln JR 1957 S. 71; LG Itzehoe SchlHAnz 1956 S. 148.

3) Amtliche Begründung zu Art. 1o Nr. 1o StPÄndG vom 19. Dezember 1964, BT-Drucks., 4. W.P., Nr. 178, S. 45 zu § 453 b.

Hat also der Richter dem Verurteilten die Zahlung einer Geldbuße auferlegt und ist der Nachweis erfolgter Überweisungen durch Einsenden der Quittungen zu führen, so ist es Aufgabe des in § 453 Abs.IIStPO bestimmten Gerichts (§ 453 b Abs. II StPO), über die ordnungsgemäße Einhaltung dieser Auflage zu wachen. Das gleiche gilt, wenn der Verurteilte etwa Weisungen zu befolgen hat, die sich auf Ausbildungsort, Arbeit oder Freizeit beziehen, oder wenn ihm aufgegeben wird, bestehenden Unterhaltspflichten nachzukommen.

Legt man auch hier den dargelegten Rechtsprechungsbegriff zugrunde, dann wird deutlich, daß der Richter in seiner Funktion als Überwachungsrichter lediglich in den Formen der Rechtspflege, nicht aber im eigentlichen rechtsprechend tätig ist. Er nimmt an Zweckmäßigkeitserwägungen gemessene und vom Erziehungsgedanken getragene organisatorisch-technische und damit letzten Endes verwaltende Funktionen wahr.

dd) Soll dem Verurteilten für die Dauer der Bewährungszeit ein Ratgeber und Betreuer zur Seite stehen, so kann das Gericht einen Bewährungshelfer hinzuziehen. Da der Richter sein Weisungsrecht nicht delegieren kann, nimmt er mittelbar an der Tätigkeit des Bewährungshelfers teil, die nahezu ausschließlich auf Erziehung und Besserung angelegt und demnach verwaltender Natur ist. Bei der Auswahl

---

1) Würtenberger, Rechtsnatur der Bewährungshilfe, MDR 1955 S. 9 ff. (1o,linke Spalte), meint, im Rahmen der Bewährungshilfe dürfe die Abgrenzung zwischen der Strafrechtspflege und der zur Verwaltung gehörenden Fürsorge "nicht allzu dogmatisch erfolgen". Er sieht in der Bewährungshilfe eine "Institution der staatlichen Strafrechtspflege", was aber mehr eine systematische Standortbestimmung denn eine materielle Qualifizierung der dort wahrzunehmenden Funktionen zum Inhalt hat.

des Bewährungshelfers kann er nach seinem Ermessen die dazu am besten geeignete Persönlichkeit auswählen, schließlich ist sie ihm verantwortlich und überwacht die Durchführung der im Bewährungsplan zusammengefaßten Anordnungen und hat somit entscheidenden Anteil an der weiteren Lebensführung des Verurteilten.

ee) Auch die Entscheidungen nach §§ 25,25a StGB weisen Merkmale verwaltender Tätigkeit auf. Der Erlaß der Strafe, der den staatlichen Strafanspruch zum Erlöschen bringt und damit konstitutiv eine neue Rechtslage schafft[1], erfolgt nur, sofern sich der Verurteilte bewährt hat; der Widerruf der Strafaussetzung ist unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. I StGB möglich.
Zur Vorbereitung dieser Entscheidungen wird das Gericht regelmäßig Ermittlungen über die Lebensführung des Verurteilten anstellen müssen, um absehen zu können, ob er die Bereitschaft zeigt, ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu führen oder ob er sich des in ihn gesetzten Vertrauens nicht würdig erwiesen hat. Ist er etwa mit einer Ratenzahlung in Verzug gekommen, so muß der Richter ihn, bevor er nunmehr die Strafaussetzung widerruft, anmahnen. Damit nimmt er Aufgaben wahr, die vergleichbar sind mit denen des Gerichtsvollziehers im Zwangsvollstreckungsverfahren und die mit seiner spruchrichterlichen Funktion nichts mehr gemein haben. Dort hatte er lediglich über das Ob der Strafe zu befinden und das Wie der Strafe in den Grundzügen festzulegen, hier ist er an dem Wie, der Durchführung im Einzelfall, selbstgestaltend beteiligt.

---

1) LG Regensburg MDR 1957 S. 181.

Oft stellt sich ihm die Frage, ob der Straferlaß vor der Allgemeinheit verantwortet werden kann, gleichfalls eine Erwägung, die bei seiner rechtsprechenden Tätigkeit allenfalls am Rande auftaucht und keinen bestimmenden Einfluß auf seine Entscheidung nehmen darf.
Dann wiederum hat er darüber zu befinden, welche Maßstäbe an das Verhalten des Einzelnen anzulegen sind, ob es etwa gerechtfertigt erscheint, an einen Psychopathen geringere Anforderungen zu stellen als an einen charakterlich vollwertigen Menschen. Das OLG Braunschweig hat diese Frage auch unter Hinweis auf rechtspolitische Erwägungen bejaht[1], Dreher dagegen meint, von dem krankhaft Veranlagten sei das gleiche zu fordern wie von dem Gesunden und fügt hinzu, das sei auch nicht ungerecht; denn es gehe nicht um das Schuldprinzip, "sondern um Kriminalpolitik und Spezialprävention"[2].

Beide Begründungen machen deutlich, wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen, daß sachlich im Rahmen des § 25 StGB die gleichen Erwägungen anzustellen sind wie bei den Entscheidungen nach §§ 23 und 24 StGB und es auch hier hauptsächlich um die Förderung der Resozialisierung des Gestrauchelten geht, eine, wie oben schon hervorgehoben, erzieherisch-fürsorgerische und somit verwaltende Funktion.

ff) Die Entscheidung des Gerichts über die bedingte Entlassung nach § 26 StGB stellt sich ebensowenig als spezifisch rechtsprechende Tätigkeit dar.

---

1) OLG Braunschweig NJW 1964 S. 1581 ff. (1584/1585).

2) Dreher, Anm. zu OLG Braunschweig, Beschluß vom 8. Februar 1964, NJW 1964 S.1581 ff., und OLG Stuttgart, Beschluß vom 2. März 1964, NJW 1964 S. 1585 f., in: NJW 1964 S. 1581 ff. (1583).

Selbst wenn die formellen Voraussetzungen vorliegen, der Gefangene also zwei Drittel der Strafe, mindestens jedoch zwei Monate, verbüßt hat und eine begründete[1] Aussicht künftigen Wohlverhaltens besteht, kann das Gericht von der Entlassung absehen, wenn etwa das öffentliche Interesse die volle Strafverbüßung gebietet.
Die Entscheidung über das Ob der Entlassung ist folglich in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt, ein Kriterium, das gerade dem verwaltenden Tun eignet. Der Richter kann bei Fällung des Urteils zwar auch Ermessenserwägungen anstellen, sie beziehen sich aber regelmäßig auf den Entscheidungsinhalt, nicht deren Voraussetzungen. Er darf den Parteien sein Erkenntnis nicht vorenthalten, und im Strafprozeß wäre es nicht denkbar, daß ein mit justizförmigen Mitteln nicht zu überführender Angeklagter aus Gründen des öffentlichen Interesses zu verurteilen wäre - selbst wenn der Richter von seiner Schuld überzeugt ist. Folgt aber aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme, daß der Angeklagte einen gesetzlichen Straftatbestand erfüllt hat und ist seine Schuld erwiesen, dann muß ihn das Gericht verurteilen, liegen dagegen die Voraussetzungen für die Gewährung der bedingten Entlassung vor, so ist der Richter nur im Rahmen seines Ermessens gebunden. Fordert das öffentliche Interesse trotz Vorliegens der formellen Entlassungsvoraussetzungen die weitere Vollstreckung, dann hat der Richter den Gedanken der Spezialprävention zurückzustellen hinter die Notwendigkeit, andere, außerhalb der Täterpersönlichkeit liegende Gründe zu berücksichtigen. Damit wird er zum Wahrer öffentlicher Belange und ist, trotz ein-

---

1) Die bloße Möglichkeit geordneter Lebensführung genügt nicht, OLG Hamburg NJW 1955 S. 72; OLG Köln GA 1955 S. 93.

geräumter Weisungsunabhängigkeit[1], am Verfahrensausgang nicht mehr uninteressiert. Er kann, will er seiner Aufgabe gerecht werden, sich der einseitigen Interessenwahrung nicht enthalten und entscheidet somit letztlich nicht mehr in Unparteilichkeit. Das aber macht das Wesen rechtsprechender Tätigkeit aus[2].

Da die Anordnung nach § 26 StGB in gleichem Maße wie die über die Strafaussetzung und die Weisungserteilung am Gedanken der Resozialisierung orientiert ist, unterliegt sie ähnlichen Zweckmäßigkeitserwägungen, so daß es nur konsequent ist, dem Gericht die Möglichkeit der Entscheidung von Amts wegen einzuräumen. Zwar vermag es auch auf Antrag hin tätig zu werden[3], es wurde jedoch festgestellt, daß gerade das Verbot der Eigeninitiative ein Wesensmerkmal richterlicher Tätigkeit darstellt. Mehr

---

1) Auch hier besagt die Unabhängigkeit des Wahrnehmungsorgans allein noch nichts über die materielle Natur seiner Funktion, was bei Maurach, Strafrecht, AT, 2.Aufl. (Karlsruhe 1958), § 59 II F 4, S. 642, wohl überbetont wird. Es handelt sich auch hier um Rechtsprechung im formellen Sinne, vgl. oben 5. Abschnitt A IV S. 115f.; Maurach, Strafrecht, AT, § 64 a I B S. 741 spricht von der bedingten Entlassung - unter Bezugnahme auf Eb. Schmidt - als einem "justizförmigen Verwaltungsakt". Eb. Schmidt hat diesen Terminus aber zwischenzeitlich aufgegeben, vgl. Strafprozeßordnung, Teil I, Rdnr. 486, sowie Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449 Rdnr. 14.

2) Zwar kann auch der Strafrichter nicht ohne Rücksichtnahme auf öffentliche Belange entscheiden, diese sind aber nicht Maßstab seines Handelns, sondern lediglich Gegenstand einer gleichwertigen Interessenabwägung; vgl. Lefringhausen, Materielle Abgrenzung, Diss., S. 176.

3) Antragsberechtigt sind nur die am Verfahren Beteiligten, die gegen die Verurteilung ein Rechtsmittel einlegen können, also der Verurteilte, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft, jedoch nicht der Nebenkläger, da er zugunsten des Angeklagten keine Rechtsmittel hätte einlegen können; KMR, Strafprozeßordnung, § 454 Anm. 4 b; KG JR 1954 S. 272.

noch, das Gericht kann, da die §§ 24 bis 25 sowie § 25 a Abs. I S. 1, 2, Abs. II StGB entsprechend anwendbar sind (§ 26 Abs. III StGB), dem Verurteilten Auflagen und Weisungen erteilen, ihm einen Bewährungshelfer zur Seite stellen, und, wenn sich der Entlassene nach Ablauf der Bewährungszeit bewährt hat, den Strafrest erlassen. Die nunmehr zu treffenden Bewährungsanordnungen müssen vorwiegend dem Gedanken der Erziehung und Fürsorge Rechnung tragen, da dem Sühnebedürfnis das gleichfalls ein Element der Auflagenerteilung sein kann, weitgehend durch den bereits erfolgten Freiheitsentzug gedient ist[1].
Maßgeblich für die zu treffende Entscheidung ist neben der Berücksichtigung von Persönlichkeit und Vorleben des Täters sowie der Tatumstände und des Verhaltens im Vollzug (§ 26 Abs. I S. 2 StGB) auch die Erwägung, ob der Strafzweck erreicht zu sein scheint, ob künftiges Wohlverhalten erwartet werden kann und ob der Verurteilte die Gewähr für eine sinnvolle Wiedereingliederung in die Gesellschaft gibt[2]. Mithin ist die Anordnung nach § 26 StGB nicht primär, wie typischerweise der Richterspruch, rückbezogen auf einen abgeschlossenen Tatbestand, sondern eine auf praktische Verwirklichung ausgerichtete, zukunftsorientierte Tätigkeit. Auch damit weist sie Merkmale verwaltender Natur auf.

Bedenkt man weiterhin, daß der Richterspruch mit Erlangung der Rechtskraft die erkennende Tätigkeit in der dem Verurteilten zur Last gelegten Sache abgeschlossen hat - sieht man von der Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens nach §§ 359 ff. StPO einmal ab - dann kann es sich auch unter diesem Gesichtspunkt

---

1) Vgl. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 26, Rdnr. 14, 15.

2) Vgl. HansOLG Hamburg JR 1965 S. 67, mit Anmerkung Dreher, ebenda, S. 67 f.; KG GA 1954 S. 344 f.; Jagusch in Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, § 26 Anm. 5 b.

im Falle des § 26 StGB nicht mehr um eine spezifisch rechtsprechende Tätigkeit handeln. Hat der Verurteilte einen Antrag auf bedingte Entlassung eingereicht und erfolgt ein ablehnender Bescheid, hindert es ihn nicht , erneut einen Antrag zu stellen, der zu einer nochmaligen Sachentscheidung des Gerichts führt. Dessen "erkennende" Tätigkeit ist also mit der einmal getroffenen Entscheidung nicht abgeschlossen, Vorhandensein und Rechtskraft des ablehnenden Beschlusses stehen einer bald darauf die Entlassung anordnenden Entschließung nicht entgegen[1].

Es kommt hinzu, daß die Anordnung der bedingten Entlassung von der Zustimmung des Verurteilten abhängt, ein dem strafrichterlichen Erkenntnis im übrigen fremder Gesichtspunkt. Wohl kann der Zivilkläger seine Klage jederzeit zurücknehmen und somit einen Richterspruch verhindern, doch geht es dabei um eine Prozeßmaxime, die das Strafverfahren nicht kennt. Einmal in Gang gesetzt, ist es der Disposition des davon Betroffenen entzogen[2].
Auffallend ist im übrigen, daß § 25 a.F. StGB[3] die Entscheidung über die vorläufige Entlassung nicht dem Richter, sondern der obersten Justizaufsichtsbehörde

---

1) KMR Strafprozeßordnung, § 454 Anm. 9; anders noch KMR, Strafprozeßordnung, 3. Aufl. (Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf-Berlin 1954), § 454 Anm. 9, wonach die Rechtskraft des einmal getroffenen Versagungsbeschlusses eine nachträglich anderslautende Entscheidung verhindere, es sei denn, die tatsächliche Grundlage, die zu der ersten Entscheidung geführt habe, sei "völlig unrichtig" gewesen.

2) Vgl. OLG Frankfurt, MDR 1968 S. 517, für den Fall der Rücknahme des Einspruchs gegen einen Strafbefehl.

3) § 25 Abs. I a.F. StGB:" Der Beschluß über die vorläufige Entlassung sowie über einen Widerruf ergeht von der obersten Justizaufsichtsbehörde. Vor dem Beschluß über die Entlassung ist die Gefängnisverwaltung zu hören".

übertragen hatte. Der Gesetzgeber war also offenbar davon ausgegangen, daß es sich hierbei materiell um eine Verwaltungsmaßnahme handelte, deren Anordnung konsequenterweise einem "Verwaltungs"-Organ zustehen sollte. Diesen Weg geht heute noch eine Vielzahl von Ländern, wie die rechtsvergleichende Zusammenstellung von Simson[1] zeigt.

Es waren auch nicht rechtsdogmatische Erwägungen, die der Gesetzgeber bei der Zuständigkeitsregelung des § 26 n.F. StGB anstellte. In den Materialien hierzu heißt es, "die allgemeine Entwicklung des Strafrechts' lege den Gedanken nahe, das erkennende Gericht und nicht weisungsabhängige Behörden mit der Entscheidung über die bedingte Entlassung zu betrauen[2]. Da hierdurch die Prognose hinsichtlich der Resozialisierung des Straftäters korrigiert werde, handele es sich um "eine echte richterliche Aufgabe"[3]. Allerdings, so wurde betont, verfolge die bedingte Entlassung auch andere Zwecke und insoweit obliege sie natürlicherweise staatlichen Verwaltungsbehörden. Wolle man aber eine Abwägung der unterschiedlichen Zielsetzung treffen, "dürfte der richterlichen Aufgabe der Vorrang gebühren"[4]. Dabei wurde die Übereinstimmung mit den Strafgesetzentwürfen von 1922 und 1925 und den Ergebnissen des XII. Strafrechtskon-

---

1) Simson, Die bedingte Freilassung, ZStW 67 (1955) S. 48 ff. (65-68). In Brasilien, Argentinien, Portugal und Griechenland ergeht die Entscheidung gleichfalls durch ein Gericht; in Schweden dagegen entscheidet der Anstaltsleiter oder das sogenannte Zentralamt für Gefangenenwesen, in Österreich eine Strafvollzugskommission, in Norwegen ein eigens vom König bestellter Anstaltsleiter, in Dänemark und Finnland der Justizminister. Ebenso liegt die grundsätzliche Regelung in Polen, Belgien und Frankreich; vgl. im einzelnen Simson, ebenda.

2) BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 3713, S. 3o zu § 26.

3) BT-Drucks., ebenda, S. 31 zu § 26.

4) BT-Drucks., ebenda.

gresses im Haag 1950 hervorgehoben, die aber beide Zeugnis dafür sind, wie wenig von der materiellen Natur der wahrzunehmenden Funktion her eine Zuweisung an das Gericht geboten war, sondern daß vornehmlich Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte entschieden:
Im Entwurf 1925 heißt es ausdrücklich, hier komme es nur noch auf Besserung an, der bedingte Erlaß des Strafrestes werde "zu einem Gliede des ordentlichen Strafvollzugs"[1], und zur Zuständigkeitsregelung stellt er lediglich fest, den Gerichten werde damit eine "außerordentliche Machtfülle" an die Hand gegeben sowie eine "schwere Verantwortung" auferlegt[2]. Auch auf dem XII. Strafrechtskongress war für die Frage der Zuständigkeitsverteilung der Gedanke ausschlaggebend, daß in jedem Einzelfall die Entscheidung "möglichst sorgfältig"[3] getroffen werden soll. Die Bedeutsamkeit einer Entscheidung mag es zwar rechtfertigen, sie in die Hand eines unabhängigen Richters zu legen, dies besagt aber nichts über ihr eigentliches Wesen.

gg) Nach all dem kann abschließend festgestellt werden, daß die Entscheidung gemäß § 26 StGB und die mit ihr einhergehenden Maßnahmen, da von einem unabhängigen Gericht getroffen, sich zwar formell als Rechtsprechungsakte darstellen, ihrer materiellen Natur nach aber verwaltend sind. Sie werden gleichermaßen wie die Anordnungen im Rahmen der Strafaussetzung vornehmlich vom Gedanken der Besserung und Erziehung getragen, stehen im Ermessen des Gerichts,

---

1) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 1. Teil: Entwurf, Berlin 1925, S. 35 zu § 36.

2) Ebenda, S. 34, linke Spalte.

3) Würtenberger, Der zwölfte internationale Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen im Haag 1950, ZStW 64 (1952) S. 82 ff. (93).

können von Amts wegen getroffen und grundsätzlich den jeweiligen Erfordernissen angepaßt werden. Sie finden ihren Anknüpfungspunkt in der Straftat, diese hat aber, regelmäßig jedenfalls[1], nicht mehr sachlich notwendige, sondern nur noch formale Bedeutung für die Entscheidung. Der Richter versucht nicht mehr, geschehenes Unrecht festzustellen und durch eine gerechte Strafe auszugleichen, sondern gibt eine pädagogisch-fürsorgerische Hilfestellung nach erfolgter Strafzumessung.

2. Bestanden schon bei der Strafzumessung wesentliche Unterschiede zwischen Erwachsenen- und Jugendstrafrecht - hier stehen Schuldmaß und Erziehungsbedürftigkeit nebeneinander, dort haben Schuldgesichtspunkte eine zentrale Bedeutung - so kommt diese Verschiedenheit auch im urteilsrealisierenden Gesamtbereich der Vollstreckung zum Ausdruck.

a. Hinsichtlich des Vollstreckungsbetriebes ergeben sich zum Erwachsenenrecht keine grundlegenden Abweichungen. Soweit nicht anders bestimmt ist, finden die Vorschriften der Strafvollstreckungsordnung Anwendung[2], so daß das gleiche wie im Erwachsenenrecht gilt: Es handelt sich insoweit um materiell verwaltende Tätigkeiten.

b. Auch die dem Richter nach § 92 Abs. III JGG übertragene Vollstreckungsentscheidung der Ausnahme vom Jugendvollzug stellt sich als verwaltende Maßnahme dar. Ihr geht eine eingehende Beobachtung des Straftäters voraus, die zum Ziel hat, festzustellen, ob er sich noch für den Jugendstrafvollzug eignet. Da-

---

1) Sofern nicht eine Auflage vornehmlich sühnenden Charakters verhängt wird.

2) Vgl. Richtlinien zu §§ 82 bis 85 JGG, Abschnitt II, Nr. 6, abgedruckt bei Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar zu § 85, S. 7o5 (7o6).

bei wird einmal auf den noch möglichen Erziehungserfolg, zum anderen den Einfluß des Gefangenen auf die übrigen Mitgefangenen entscheidendes Gewicht gelegt.
Mit der Ausnahmeanordnung geht einher die Einweisung in die zuständige Erwachsenenvollzugsanstalt, was folglich einen Verzicht auf die pädagogische Einwirkung der Jugendstrafanstalt bedeutet und somit von weitreichender Bedeutung für den Betroffenen ist. Nicht aber bewirkt eine derartige Verlegung eine Korrektur des richterlichen Erkenntnisses oder stellt sich als nachträglicher Strafzumessungsakt dar, die Ausnahmeanordnung hat lediglich die Feststellung zum Inhalt, daß sich der Gefangene in dieser Anstalt nicht bewährt hat. Damit wird kein Fehlverhalten gesühnt, sondern im Interesse der Anstaltsdisziplin und des angestrebten Vollzugserfolgs die in das richterliche Ermessen gestellte zweckmäßigste Entscheidung getroffen.

c.aa) Für die auch im Jugendstrafrecht vorgesehene Strafaussetzung zur Bewährung und die mit ihr einhergehenden Anordnungen gilt das zum Erwachsenenrecht Dargelegte entsprechend.
Im Vordergrund der Überlegungen steht die aussichtsreiche Prognose für einen künftig rechtschaffenen Lebenswandel des Verurteilten, die Möglichkeit, seine Lebensführung zu überwachen und zu beeinflussen und notfalls eine nachträgliche Korrektur einmal getroffener Bewährungsauflagen herbeizuführen. Der Jugendliche wird für die Bewährungszeit einem Bewährungshelfer unterstellt, der unter richterlicher Aufsicht steht und diesem verantwortlich ist (§24 Abs. I JGG).
Damit nimmt der Richter auch hier - zumindest mittelbar - teil an einer fürsorgerisch-pädagogischen Tätig-

keit[1], die spezialprävenierend den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen muß und damit mehr der Betreuung und Erziehung denn der Rechtsanwendung und -findung dient.

Kennzeichnend für die Unsicherheit, mit der man bislang diesem Funktionskreis begegnete, sind einmal die Beratungen zur Schaffung des JGG 1953 und zum anderen die ländermäßig verschieden ausgestaltete dienstrechtliche Einordnung des Jugendbewährungshelfers. Zu der Frage, welcher Behörde der Bewährungshelfer anzugliedern sei, äußerte der Abgeordnete Ewers[2], er glaube, "daß diese neue Figur bei einer sozialen Dienststelle eingereiht sein sollte". Sie bedürfe nämlich weniger der Rechtskenntnis als der Fürsorgekenntnis und müsse sich auf diesem Gebiet mit Fragen beschäftigen, die in der Gerichtsverwaltung, "insbesondere auch im Strafvollzug", bisher nicht akut gewesen seien.
In der organisatorischen Ausgestaltung sind die Bundesländer sodann verschiedene Wege gegangen. Teilweise fand eine Eingliederung des Bewährungshelfers in die Justiz statt, so etwa in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Bayern und im Saarland[3], in den Stadtstaaten sowie in Niedersachsen wurde er hingegen der Dienstaufsicht der Jugendbehörde unterstellt.

bb) Eine Besonderheit könnte sich noch aus der Regelung der §§ 83, 86 bis 89 JGG ergeben, wo der

---

1) Vgl. auch die Anordnung über die Entlastung des Jugendrichters bei den Vollstreckungsgeschäften vom 1. Dezember 1962, Abschnitt II, Nr. 1, S.3: "Die Überwachung von Weisungen und Auflagen ist Sache des Jugendrichters".

2) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 273. Sitzung vom 10. Juni 1953, Stenographische Berichte, 1. W.P., Band 16, S. 13538 (B).

3) Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 113 Rdnr. 3 ff.

Gesetzgeber die Entscheidungen über die Vollstreckung des Jugendarrestes sowie die Entlassung zur Bewährung nach Teilvollzug einer bestimmten (§88 JGG) oder unbestimmten (§89 JGG) Jugendstrafe als "jugendrichterliche" ausgestaltet hat[1]. Der Jugendrichter wird in diesem Rahmen folglich nicht als Organ der Justizverwaltung tätig, sondern ist weisungsungebunden und steht unter der Garantie richterlicher Unabhängigkeit.
Gleichwohl ändert die Tatsache, daß die formale Stellung des Jugendrichters als Vollstreckungsleiter im Rahmen der § 86 bis 89 JGG gleich der des Spruchrichters ist, der im ordentlichen Verfahren entscheidet, nichts an der materiellen Qualität der zu treffenden Anordnungen. Sie bleiben, auch wenn vom unabhängigen Richter wahrgenommen, materiell verwaltender Natur. Denn einmal besagt die Entscheidungsmöglichkeit in Weisungsfreiheit nichts über die Rechtsnatur der getroffenen Maßnahme, da sie allenfalls Indiz für die Gerichtsqualität des Wahrnehmungsorgans, nicht aber materielles Abgrenzungskriterium bieten kann. Zum andern folgt die verwaltende Qualität - und darauf ist allein abzustellen - aus den "Richterakten" selbst.
Die Entscheidung über die Entlassung zur Bewährung ist in das pflichtgemäße Ermessen des Richters gestellt, wobei das Verfahren auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten oder aber von Amts wegen eingeleitet werden kann. Letzteres muß sogar geschehen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Entlassungsreife des Verurteilten eingetreten sein könnte[2].

---

1) Ausgenommen ist die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Jugendarrest nach § 87 Abs. II JGG; hierbei handelt es sich nur um eine bloße Anweisung für die Strafzeitberechnung, Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, § 83 Rdnr. 3.

2) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz,§ 88 Rdnr. 26; vgl. auch § 89 Rdnr. 8.

Die Anordnung bildet auch keinen nachgeholten Strafzumessungsakt - die Strafe ist schon zugemessen, und nur auf die volle Verbüßung wird verzichtet - sondern ist die Konsequenz eines auf Erziehung und Besserung aufgebauten progressiven Vollzugssystems. An der als gerecht und schuldangemessen befundenen Strafe wird nicht gerüttelt, das Bedürfnis, sie vollständig zu realisieren, bleibt als solches nach wie vor bestehen.

Zwar sind im Verlauf des Entlassungsverfahrens der für das Gericht des Vollstreckungsleiters zuständige Staatsanwalt sowie der Vollzugsleiter anzuhören (§ 88 Abs. III JGG), und dem Jugendlichen ist Gelegenheit zur mündlichen Äußerung zu geben, Verfahrensregeln also, die im voraufgegangenen Strafverfahren eine Parallele finden: Der Staatsanwalt hat die Belange der Allgemeinheit sowie ihr Interesse an einer Entlassung - oder Nichtentlassung- zur Geltung zu bringen, die Anhörung des Verurteilten[1] verdeutlicht den Grundsatz rechtlichen Gehörs. Es steht aber weder die Findung eines Schuldspruchs infrage noch geht es um die Führung eines Entlastungsbeweises, wobei der Richter unbeteiligt und unparteiisch als neutraler Dritter entscheidet, maßgeblich ist primär der Gedanke, ob der Zweck des Vollzugs und die damit verbundene Persönlichkeitsbildung so weit erreicht ist, daß der Jugendliche in die Freiheit entlassen werden kann. Natürlich wägt der Richter das Für und Wider der Entlassung ab, und er kann seine Entscheidung nur treffen, wenn diese sachlich geboten erscheint,

---

1) Voraussetzung für die Entscheidung nach § 88 JGG ist nicht, daß sich der Verurteilte zum Zeitpunkt der Entlassung im Vollzug befindet, BGH St 6 S. 215.

Richtschnur seines Handelns bleibt aber stets ein Zweckgedanke, der der eigentlich rechtsprechenden Tätigkeit nur am Rande zu eigen ist.

Bezeichnenderweise hatte das JGG 1943 die Vollstreckungsentscheidungen des Jugendrichters als Verwaltungsakte angesehen, die mit der Dienstaufsichtsbeschwerde zum Generalstaatsanwalt angefochten werden konnten[1], wogegen sich das davor ergangene JGG 1923 für die entgegengesetzte Lösung entschieden und dem Vollstreckungsleiter bei jeder Vollstreckungsentscheidung richterliche Unabhängigkeit zuerkannt hatte, gleichgültig, ob es sich"um eine richterliche im Sinne der StPO handelt(e)" oder "ob sie die StrfVollstr." betraf[2]. Das geltende Jugendgerichtsgesetz hat mit der vorliegenden Regelung einen Mittelweg eingeschlagen. Es wäre nunmehr verfehlt, wollte man die Rechtsnatur einer Staatsfunktion von der organisatorischen Regelung des jeweils geltenden Rechts abhängig machen.

Was den Gesetzgeber zu der vorliegenden Regelung veranlaßte, ist schwer ersichtlich. In der Begründung zum § 58 des ursprünglich eingebrachten Änderungsentwurfs zum Jugendgerichtsgesetz von 1943[3] heißt es, der Vollstreckungsleiter entscheide im Rahmen der

---

1) Vgl. § 56 JGG 1943 sowie Peters, Reichsjugendgerichtsgesetz, § 56 Anm. 5.

2) Vgl. § 36 JGG 1923, sowie Hellwig, Jugendgerichtsgesetz, § 36 Anm. 3, S. 232; offensichtlich sah der Verfasser einige Vollstreckungsentscheidungen als "richterliche" an; welche im einzelnen, darüber schwieg er sich aus.

3) § 58 Abs. I bis IV betraf die Entlassung zur Bewährung bei bestimmter, §59 bei unbestimmter Jugendstrafe, vorgelegt im Änderungsentwurf zum JGG 1943, der in den Entwurf eines neuen Jugendgerichtsgesetzes mündete, der wiederum die eigentliche Grundlage des späteren JGG 1953 bildete;vgl. Sitzungsberichte des Deutschen Bundesrates, Sitzung vom 29.Februar 1952, Nr.79,S. 62 ff.;Änderungsentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 3264 vom 31. März 1952; Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht vom 5.Juni 1953, BT-Drucks.1.W.P.,Nr. 4437 vom 5.Juni 1953;Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 273.Sitzung vom 18.Juni 1953,Stenographische Berichte,1.W.P.,Bd.16,S. 13537 ff.

§§ 58 und 59 in seiner Eigenschaft als Richter, "um auch für das Rechtsmittelverfahren eine Gleichstellung mit der gerichtlichen Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung zu erreichen"[1]. Diese Vorschrift, so wurde bedeutet, sei ausdrücklich geboten, da sonst der Vollstreckungsleiter als weisungsgebundener Verwaltungsbeamter fungiere.

Offensichtlich ging der Gesetzgeber davon aus, daß die hier zu treffenden Entscheidungen ihrem Inhalte nach einer Weisung nicht zugänglich seien, auf die sachliche Notwendigkeit der Regelung in den §§ 83, 86 bis 89 JGG ging er aber nicht näher ein[2].
Auch in der Literatur finden sich lediglich die lapidaren Feststellungen, bei den vorstehenden Maßnahmen handele es sich dem "Inhalte nach um Rechtsprechungsakte"[3], um Aufgaben "überwiegend richterlicher Natur"[4], die als echte richterliche Willensakte nur in voller richterlicher Unabhängigkeit getroffen werden könnten. Hier werde "mit richterlicher Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit"[5] entschieden, wobei kein Raum mehr bliebe für verwaltungsmäßiges Zweckdenken.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß gerade Zweckmäßigkeitserwägungen eine, wenn nicht gar die entscheidende Rolle bei Erlaß der Anordnungen nach den §§ 88 und 89 JGG spielen. Muß doch der Richter maß-

---

1) BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 3264 vom 31. März 1952, zu §§ 58, 59, S. 48.

2) Vgl. etwa BT-Drucks., 1. W.P., Nr. 4437 vom 5. Juni 1953; Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 273. Sitzung vom 18. Juni 1953, Stenographische Berichte, 1.W.P., Bd. 16, S. 13537 ff.

3) Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, Vorb. vor § 82 Rdnr. 11.

4) Lackner, Das Jugendgerichtsgesetz, JZ 1953 S. 527 ff. (531).

5) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Nachtragsband I zu Teil II, Vorb. vor § 449 Rdnr. 14.

geblich darauf abstellen, ob die bisherige Arbeit im Vollzug positive Wirkungen gezeigt hat, ob die Entlassungsreife eingetreten ist, ob der Verurteilte nach Teilverbüßung der Strafe einen künftig rechtschaffenen Lebenswandel erwarten läßt, ob es somit nach all dem zweckmäßig erscheint, ihn in die Freiheit zu entlassen. Er entscheidet nicht in neutraler Erkenntnis des Gerechten, sondern verfolgt ein kriminalpolitisches Ziel.

Zwar ist zuzugeben, daß es besser ist, damit einen Richter zu betrauen, da der Vollzugsleiter-nolens-volens - dem Gefangenen gegenüber voreingenommen sein könnte, auch daß es sich um "besonders bedeutsame Entscheidungen"[1] handelt, aus Bedeutsamkeit und sachlichem Gewicht einer hoheitlichen Anordnung läßt sich jedoch nichts Entscheidendes für ihre rechtliche Qualifizierung herleiten.

cc) Die gemäß § 83 JGG in richterlicher Unabhängigkeit zu treffenden Maßnahmen im Zuge der Vollstreckung des Jugendarrestes stellen sich gleichfalls als materiell verwaltende Maßnahmen dar.

(a) Will der Richter nach § 87 Abs. III JGG von der Vollstreckung des Restarrestes absehen, so wird er vollends in die Rolle des Pädagogen gedrängt. Er muß abwägen können,ob die erstrebte Wirkung schon vor Ablauf der im Urteil festgesetzten Zeit erreicht ist, ob dem Jugendlichen zu Bewußtsein gebracht worden ist, für begangenes Unrecht einzustehen und er dies einzusehen vermag, oder ob infolge mangelnden Einsichtsvermögens ein Festhalten am Arrestvollzug sinnlos erscheint, ob also - wie

---

1) Grethlein, Jugendgerichtsgesetz, § 83 Anm. 2 a.

das Gesetz es selbst zum Ausdruck bringt - ein Absehen von der Vollstreckung "aus Gründen der Erziehung geboten ist". Dabei kann seine Entscheidung auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten[1] oder von Amts wegen ergehen.

(b) Für die gleichfalls in Unabhängigkeit zu treffende Anordnung der Arrestumwandlung nach § 86 JGG gilt das zur Arrestvollstreckung Gesagte entsprechend. Liegen die Voraussetzungen des § 16 Abs. III JGG vor, erscheint es also "aus Gründen der Erziehung zweckmäßig"[2] und werden Arbeit und Ausbildung des Jugendlichen nicht beeinträchtigt, so kann der Richter Freizeitarrest in Kurzarrest umwandeln. Auch hier ist die Anordnung in sein Ermessen gestellt, wobei er entweder auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten oder von Amts wegen tätig werden kann.

3. Nach alldem ist abschließend festzustellen, daß die Strafvollstreckung als Gesamtheit derjenigen Maßnahmen, die erforderlich sind, die in dem richterlichen Erkenntnis angeordneten Rechtsfolgen in die Wirklichkeit umzusetzen, sich durchweg als materiell verwaltende Tätigkeit darstellt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Wahrnehmungsorgan ein der Rechtsprechung angehörender Funktionsträger ist - wie der Richter im Falle des § 451 Abs. III StPO - ob die Anordnungen in Weisungsabhängigkeit ergehen - wie diejenigen der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsorgane - oder ob sie unter der Garantie richterlicher Unabhängigkeit getroffen werden - wie etwa im Falle der §§ 24-26 StGB, 83,86-89 JGG.

---

1) Verfahrensbeteiligte sind: der Verurteilte, der Staatsanwalt, der Erziehungsberechtigte sowie der gesetzliche Vertreter, unter Umständen auch Verteidiger oder Beistand, vgl. Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz, §§ 87 Rdnr. 8, 83 Rdnr.5ff.

2) So § 16 Abs. III Satz 1 JGG.

Das Vollstreckungsorgan befindet regelmäßig über eigene oder ihm zur Wahrnehmung anvertraute Interessen, was seiner Stellung das Element des Unbeteiligtseins nimmt. Es trifft grundsätzlich keine endgültigen, am Gerechtigkeitswert orientierte Entscheidungen, sondern läßt sich vornehmlich, oft ausschließlich, vom Gedanken der Zweckmäßigkeit leiten. Es bedarf nicht des Anstoßes von außen, sondern kann eigeninitiativ im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens tätig werden. Es wirkt nicht rechtsfeststellend, sondern zukunftsgestaltend, in seinem Bereich wird grundsätzlich nicht mehr ver-handelt, sondern ge-handelt.

II. Anhand der ermittelten materiellen Funktionskriterien soll nunmehr versucht werden, auch das Geschehen im Strafvollzug der einen oder anderen Kategorie hoheitlichen Tuns zuzuweisen.

1. Dabei fällt auf, daß in der Strafvollzugsliteratur, soweit sie sich dieser Frage überhaupt widmet, vielerorts Verwirrung über Stellung und Rechtsnatur des Strafvollzugs herrscht.

So war von Jagemann der Ansicht, der Strafvollzug bilde einen den "Schlußstein der Rechtspflege bildenden Rechtsact"[1], der Richter aber, der mit diesem "Rechtsact des Vollzuges" betraut sei, erfülle nicht eine an sich richterliche Aufgabe, sondern "Justizverwaltungshandlungen"[2]. Von Liszt meinte, es handele sich hierbei nicht nur um "Rechts-

---

1) von Jagemann in Holtzendorff - von Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, 2. Band, 5.Buch, IV. Capitel, § 17, S. 45.

2) von Jagemann, a.a.O., § 17, S. 46 ,Fußnote 4.

pflege", sondern zugleich, "und zwar zum größeren Teil, um Verwaltung"[1], und Frede sah in der Strafhaft nicht mehr "einen Teil des gerichtlichen Verfahrens", sondern hielt sie für "Verwaltungsmaßnahmen"[2].

Klein dagegen argumentierte, man füge eine den "organischen Gang der Dinge störende Zäsur ein, sobald man den Strafvollzug vom Strafprozeß trennt"[3], er sei "seinem Wesen nach ein Akt der Rechtspflege"[4] und Kitzinger sah den Strafvollzug als "Teil von Strafrecht und Strafverfahren"[5] an und begriff die hier anfallenden Maßnahmen als "rechtspflegende Tätigkeit"[6]. Es handele sich zwar um einen "Akt der vollziehenden Gewalt", der aber "nicht Teil des Verwaltungsrechts"[7] sei. Für Jacobi wiederum ist der Strafvollzug "eben nicht mehr (Straf-) Rechtspflege, sondern er gehört der Verwaltung an"[8], wogegen Grunau diese Tätigkeit als "Ausübung von Strafgerichtsbarkeit"[9] anerkennen will.

---

1) von Liszt, Gefängnisrecht, ZStW 35 (1914) S.657.

2) Frede, Strafvollzug, S. 32.

3) Klein, Die Zweiteilung im preußischen Gefängniswesen, GS 68 (1906) S. 213 ff. (229).

4) Klein, Ein Strafvollzugsgesetz, LeipzZ 1920 S. 275, linke Spalte, unter Hinweis auf die Regelung in Artikel 7 Nr. 2 WRV.

5) Kitzinger, Freiheitsstrafe, GA 65 (1918) S. 193ff. (216).

6) Kitzinger, a.a.O., S. 218.

7) Kitzinger, a.a.O., S. 219, Fußnote 66.

8) Jacobi, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 50 (1930) S. 376 ff. (391).

9) Grunau, Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 70 (1958) S. 501 ff. (513).

Auch Silberstein vermag ihn nicht mehr der "rein vollziehenden Gewalt" zuzurechnen und verwahrt sich dagegen, ihn etwa "außerhalb der Rechtsprechung stehend"[1] zu qualifizieren. Freudenthal wiederum sieht im Strafvollzugsrecht "einen Teil des Verwaltungsrechts"[2], dagegen gehört er nach Mittermeier zum materiellen Recht, sei aber "formalrechtlich ... Prozeß", wobei "auch viel Verwaltung zu beachten"[3] sei.

2. Es fällt auf, daß nahezu sämtliche Ansichten auf der Verkennung des Unterschiedes zwischen materieller und formeller Verwaltung einerseits und auf der Vermengung materieller Qualifizierungsmerkmale und wissenschaftlich-systematischer Zuweisungskriterien andererseits beruhen.
Denn daß der Strafvollzug organisatorisch der Justiz eingegliedert ist[4], besagt noch nichts über die Rechtsnatur der in ihm wahrgenommenen Hoheitsakte - "die formelle Scheidung ist erst die Folge materieller Unterschiede"[5] - sie können gleichwohl der einen wie der anderen Kategorie hoheitlichen Tuns angehören. Und daß er der Verwirklichung des im Urteil festgelegten Übels dient, mag ihn zwar zu einem Teil des Verfahrens werden lassen, damit wäre aber lediglich die Frage nach seinem systematischen Standort, nicht aber die seiner rechtlichen Qualifizierung beantwortet. Die Feststellung, daß er "auf besonders eindringliche Weise an dem ver-

---

1) Silberstein, Der Richter und der Strafvollzug, Der Vollzugsdienst 1960, Nr. 4, S. 3.

2) Freudenthal, Strafrecht und Strafvollzug, ZStW 39 (1918) S. 493.

3) Mittermeier, Gefängniskunde, S. 8.

4) Dies gilt zumindest nach der Beseitigung des Dualismus im preußischen Gefängniswesen im Jahre 1918.

5) Peters, Strafprozeß, § 5 I, S. 27.

fassungsmäßigen Gefüge unserer Bundesrepublik"[1] teilhabe, mag zwar richtig sein, besagt aber im Grunde ebensowenig über seine materielle Natur.

Will man die Hoheitsfunktion Strafvollzug nicht mehr als Teil des Strafverfahrens ansehen "sondern" hält sie für eine Verwaltungsmaßnahme, so läuft dies auf die Vermischung systematischer und materieller Qualifizierungsmerkmale hinaus. Auch fällt es schwer, rechtspflegende Tätigkeit zugleich als Akt der vollziehenden Gewalt anzusehen, die dann aber nicht Teil des Verwaltungsrechts sein darf.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist auch hier das Geschehen im Strafvollzug selbst, seine Subsumtion unter den Begriff der Verwaltung als der gestaltenden Wahrnehmung öffentlicher Belange durch selbstbeteiligte Organe im Gegensatz zur Rechtsprechung als dem verselbständigten Ausspruch dessen, was unter Anwendung geltenden Rechts im konkreten Einzelfalle rechtens ist.
Deshalb fruchtet auch der Hinweis auf die gesetzgeberische Terminologie im § 21 Abs. I und II StGB ebensowenig wie die Tatsache, daß er von weisungsabhängigen Organen wahrgenommen wird. In den Vorschriften des Strafgesetzbuches ist nämlich die Rede vom Vollzug in bestimmten "Anstalten", woraus man folgern könnte, daß die solchermaßen in einer spezifisch verwaltungsrechtlichen Institution ausgeübte Tätigkeit auch verwaltender Art sein müßte[2];

---

1) Grunau, Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 7o (1958) S. 5o1 ff. (5o2).

2) Zur Frage, ob eine Strafanstalt eine Anstalt im verwaltungsrechtlichen Sinne ist vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 136 f.; Jacobi, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 5o (193o) S. 376 ff. (387); Nr. 69 Abs. I DVollzO schreibt vor, der Gefangene habe sich der "Anstaltsgewalt" zu fügen.

ebenso wie man zu dem Schluß kommen könnte, die weisungsgebundenen Organträgem staatlicher Gewalt zugewiesenen Funktionen dürften notwendigerweise nicht rechtsprechender Natur sein.
Doch erscheint es zum einen bedenklich, zwingende Rückschlüsse ziehen zu wollen von einem Terminus der Gesetzessprache auf die Rechtsnatur der dort wahrgenommenen Funktionen[1] - ihm kann wohl indizielle Wirkung beigemessen werden - wie es zum anderen verfehlt wäre, aus der organisatorisch-technischen Abwicklung eines staatlichen Aufgabenbereichs auf die materielle Qualifikation der hier erfolgenden Tätigkeiten zu schließen. Aus der Weisungsunterworfenheit der Vollzugsorgane kann für die Rechtsnatur ihrer Maßnahmen jedenfalls nichts hergeleitet werden, denn übten diese materiell rechtsprechende Funktionen aus, dann wäre ihre Weisungsabhängigkeit eben verfassungs- und ihr Gehorsam pflichtwidrig. Ein positiv-rechtlicher Organisationsakt verwandelt eine Funktion nicht in die dem betrauten Organ eigentümliche.
Somit verbleibt es bei der eingangs getroffenen Feststellung, daß die Rechtsnatur der Vollzugsakte allein aus ihrem Wesen unter Zugrundelegung materieller Qualifizierungsmerkmale begriffen werden kann.

---

1) Ein anschauliches Beispiel liefert § 1 Saarländisches Universitätsgesetz. Dort heißt es:"Die Universität des Saarlandes ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts" (§1 Abs.I Satz 1 UnivG in der Fassung vom 2o.März 1964, Amtsblatt des Saarlandes 1964, S. 229). Dabei ist die rechtliche Struktur einer Universität - ob Anstaltscharakter oder überwiegend korporativen Charakter - nicht gerade unstreitig; vgl. hierzu Thieme, W., Deutsches Hochschulrecht, 4. Kapitel, S. 98 bis 11o; Köttgen, Die Freiheit der Wissenschaft, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, S. 291 ff. (322 ff.); Wolff, Verwaltungsrecht II, § 93 S. 257 ff. (259); zu Recht bemerkt Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 24, S. 455, Fußnote 2, solche Etikettierungen seien nicht ungeprüft hinzunehmen; vgl. auch § 2 AVAVG:"Die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts".

3.a. Materiell verwaltend sind, das kann unschwer festgestellt werden, all diejenigen Maßnahmen, die den reinen Vollzugsbetrieb ausmachen, wie etwa die Annahme des Verurteilten in die Vollzugsanstalt, die Durchführung der Aufnahmeverhandlung, die Prüfung der formellen Aufnahmevoraussetzungen, Durchsuchung und ärztliche Untersuchung, die Anlage der Personalakte oder die Führung eines Gefangenenbuches. Hierzu zählen auch die innerbetrieblich-organisatorischen Anordnungen wie beispielsweise die Zuweisung einer bestimmten Zelle, die Verlegung in einen anderen Zellenflügel, die Regelung der ärztlichen Betreuung oder die Einteilung zu bestimmten Hilfsdiensten.

b. Des weiteren ergehen im Strafvollzug Anordnungen, die über den eigentlichen Vollzugsbetrieb hinaus primär den Zielen der Besserung und Erziehung dienen sollen. Hier haben der Anstaltsleiter und die von ihm Beauftragten verschiedenartige Möglichkeiten, in Anpassung an den Einzelfall diejenige Entscheidung zu treffen, die ihnen, gemessen am Persönlichkeitsbild und dem Verhalten des Gefangenen, erforderlich und gerecht erscheint.
Wenn der Anstaltsleiter dem Verurteilten das Recht einräumt, im Rahmen der Gefangenengruppenarbeit an einer Zeichen-, Sing- oder Spielgruppe teilzunehmen, eine Fach- oder Tageszeitung zu beziehen, so trifft er seine Entscheidung regelmäßig unter Abwägung aller für und gegen die Gewährung sprechenden Umstände, wodurch diese Elemente aufweist, die auch in einer richterlichen Entscheidung enthalten sind: Das "ad-hoc" ebenso wie das "status-quo-Element"[1], also eine auf einen be-

---

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, § 1, S. 5.

stimmten Tatbestand bezogene, nur ihm gegenwärtig gerecht werdende Einzelfallentscheidung. Der Anstaltsleiter orientiert sich ebenso wie der Richter an denjenigen Gegebenheiten, die sich ihm im Augenblick bieten, für ihn ist gleichermaßen primär erheblich, was hic et nunc gilt.
Gleichwohl können diese beiden Gesichtspunkte nicht dazu führen, nunmehr die dem Gefangenen gewisse Vergünstigungen[1] zubilligende Strafvollzugsmaßnahme als materiell rechtsprechend zu qualifizieren. Es muß berücksichtigt werden, daß der Anstaltsleiter nach seinem freien Ermessen entscheiden kann und für ihn stets Zweckmäßigkeitserwägungen vorrangig sind. Selbst wenn es für den Einzelnen von Nutzen sein könnte, ihn wieder zu Gemeinschaftsveranstaltungen zuzulassen, kann sich dies doch schädlich auf die Gesamtheit auswirken, so daß ihm diese Vergünstigung versagt werden muß. Dann also müssen Gerechtigkeits- hinter Zweckmäßigkeitserwägungen zurücktreten, ein Charakteristikum verwaltender Tätigkeit.

Dabei wird zugleich offenbar, daß der Anstaltsleiter, der verantwortlich ist für Sicherheit und Ordnung in der Anstalt, auch nicht mehr als unparteiliche, neutrale Instanz anzusehen ist. Will er seiner Aufgabe gerecht werden, ist er zwangsläufig persönlich beteiligt und vertritt bei nahezu allen Entscheidungen - zumindest mittelbar - eigene Belange.
Belegt er etwa einen renitenten Gefangenen, der sich weigert, die Kopfhaare schneiden zu lassen[2], mit einer Hausstrafe, findet kein Interessenausgleich

---

1) Ob man diese Anordnungen noch zu Recht als "Vergünstigungen" ansehen soll (vgl. Nr. 62 DVollzO), ist zumindest sehr zweifelhaft.

2) Vgl. OLG Celle NJW 1968 S. 123.

nach dem Grundsatz des "suum cuique" statt dergestalt, daß zwischen dem Interesse des Gefangenen an der ihm passenden Haartracht und dem der Anstalt an Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung von dem Leiter als der übergeordneten Instanz in Unabhängigkeit abgewogen und entschieden wird. Der Anstaltsleiter ist hier gleichsam Partei. Er hat die Interessen der seiner Gewalt Unterworfenen zu wahren, hat für das Wohl aller zu sorgen, muß die Anstaltsdisziplin aufrechterhalten und ist folglich am Verfahrensausgang interessiert . Zwar befindet er auch über kollidierende Interessen, ähnlich dem Richter, es sind aber seine eigenen oder die ihm zur Wahrnehmung anvertrauten, mit denen der von seiner Entscheidung Betroffene in Konflikt geraten ist. Ihm liegt an der Erhaltung der Ordnung, ebenso wie dem Richter, sie ist aber Inhalt seiner Tätigkeit, nicht lediglich Folge seines Wirkens[1], ein weiteres Merkmal verwaltenden Tuns.

Auch in den Voraussetzungen des Tätigwerdens unterscheidet er sich - zwangsläufig - vom Richter. Wartet dieser, bis ein Anstoß von außen kommt, so ist es gerade bezeichnend für das Vollzugswirken, daß es aus eigenem Antrieb erfolgt.
Erkennt beispielsweise die Anstaltsleitung, daß die einem Gefangenen zugewiesene Arbeit in einer Werkstätte der Anstalt weder seiner sozialen Ertüchtigung noch seinem persönlichen Fortkommen dient, so wird sie auch ohne einen darauf hinzielenden Antrag des Gefangenen diesem eine andere Beschäftigung zuweisen. Oder aber sind, was naturgemäß der Fall ist, die Arbeitsmöglichkeiten in einer Anstalt begrenzt, wird sie gleichwohl darauf bedacht sein,

---

1) Vgl. Lefringhausen, Materielle Abgrenzung, Diss., S. 17.

dem Gefangenen, dessen Einsatz nicht möglich ist, irgendeine Tätigkeit zu verschaffen, auch ohne dessen Bitte abzuwarten. Und weiß der Anstaltsleiter gar, daß die Unterbringung eines Gefangenen aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur, seines Entwicklungs- oder Intelligenzstandes in einer bestimmten Gemeinschaftszelle ihm nur schadet, wird er ihn tunlichst herausnehmen und in eine geeignete Gemeinschafts- oder Einzelzelle verlegen.
All dies sind jedoch Maßnahmen, die keine rechtsfeststellende, primär am Gerechtigkeitsprinzip orientierte Tätigkeit zum Inhalt haben, sondern die ausgerichtet sind an dem Zweckgedanken, den Gefangenen wieder ein brauchbares Glied der Gesellschaft werden zu lassen. Auch damit entfernt sich das Vollzugshandeln von der materiell rechtsprechenden Tätigkeit des Richters und wird verwaltend.

Bedingt also der Erziehungs- und Besserungsvollzug einerseits eine größere Entscheidungsfreiheit des Anstaltsbediensteten, die ihn aus der rein vollziehenden Sphäre heraushebt, so hat dies doch andererseits nicht zur Folge, nunmehr seine Entscheidungen als materiell rechtsprechend anzusehen. Natürlich ist kaum ein rechtmäßiger Hoheitsakt denkbar, in dem nicht irgendein Element beider Funktionen, der Rechtsprechung wie der Verwaltung, enthalten wäre, entscheidend ist jedoch die Intention, auf die der Hoheitsakt ausgerichtet ist. Soll der Zivilrichter dem Interessenausgleich dienen, der Strafrichter eine Schuldfeststellung treffen, nimmt der Arbeitsrichter eine Schiedsfunktion und der Verfassungsrichter eine Kontrollfunktion wahr, so sind dies Elemente, die mehr oder minder gehäuft auch im Verwaltungshandeln vorliegen können. Es ist aber nicht Aufgabe und Ziel strafvollziehender Tätigkeit,

festzustellen, was nach Maßgabe des geltenden Rechts im Einzelfalle gerecht ist. Zwar muß sich auch das Vollzugshandeln an Rechtsmaßstäben orientieren und daran messen lassen, unerläßlich bleibt jedoch seine Sozialfunktion, seine auf die Durchführung des Strafübels sowie den Schutz der Gesellschaft und die Resozialisierung des Gefangenen ausgerichtete Zielsetzung. Diese aber erfordert zweckorientierte Eigeninitiative, ein typischerweise der Verwaltung zurechenbares Verhalten, ohne das regelmäßig eine Aktivierung oft nur geringer Energien und Fähigkeiten des Gefangenen nicht denkbar ist.

4. Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß das Vollzugshandeln, sei es in Form des reinen Vollzugsbetriebes, seien es darüber hinausreichende, die Übelszufügung betreffende oder den Gefangenen in seiner Persönlichkeitsstruktur beeinflussende oder ändernde Maßnahmen, materiell verwaltender Natur ist. Es werden in diesem Bereich keine vornehmlich am Gerechtigkeitswert gemessene Entscheidungen getroffen, sondern das gesamte Vollzugsgeschehen steht unter dem Postulat größtmöglicher Zweckmäßigkeit. Es findet gleichsam eine Umsetzung des Zwecks in die Tat statt.
Anders als im Rahmen rechtsprechender Tätigkeit werden hier bestimmte öffentliche Belange innerhalb vorgegebener rechtlicher Schranken verfolgt, wobei innerhalb dieser Schranken den Funktionsträgern ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist. Auch für Strafzumessungserwägungen ist im Vollzug kein Raum mehr, selbst die Hausstrafe ist letztlich nicht Vergeltung begangenen Unrechts, sondern dient der Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung.

Vollzugshandeln bedeutet pragmatische Entscheidung in eigener Sache, nicht neutrale Regelung von Angelegenheiten Dritter, ist eigeninteressierte, nicht fremdbezogene Tätigkeit und hat stets eine Ordnungsfunktion zum Inhalt. Es ist mithin materiell verwaltender Natur.

C. Der Richter in Wahrnehmung von Vollstreckungs- und Vollzugsaufgaben

I.1. Werden im Rahmen von Strafvollstreckung und Vollzug nach all dem materiell verwaltende Funktionen wahrgenommen, so stellt sich die Frage, ob die Befassung eines Richters mit derartigen Aufgaben einen Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz oder sonstige Verfassungsprinzipien impliziert, oder ob es sich um eine legitime Erweiterung strafrichterlicher Funktionswahrnehmung handelt.
Zu bedenken ist, daß der Richter insoweit als weisungsgebundenes Organ in gleichem Maße wie die übrigen Vollstreckungs- und Vollzugsorgane sachlichen Weisungen der Dienstaufsichtsbehörde unterworfen ist, er bei der Vollstreckung gleichsam als "verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft"[1] in Erscheinung tritt, was § 5 StVollstrO noch einmal ausdrücklich klarstellt[2].

---

1) LG Bremen MDR 1956 S. 184; das ist im übrigen stets anerkannt worden, vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band,§ 451 Anm.IV 2, S. 274, m.w.N.; Pohlmann, Strafvollstreckungsordnung, § 5 Anm. I 1, S. 111.

2) § 5 Abs. I S.2 StVollstrO lautet:"Seine Tätigkeit als Vollstreckungsbehörde ist kein Teil der Rechtsprechung; der Amtsrichter ist daher insoweit weisungsgebunden".

2. Ein Verstoß gegen Artikel 92 HS.1 GG kann hierin nicht erblickt werden. Nach dieser Vorschrift ist die "rechtsprechende Gewalt" den Richtern anvertraut, woraus folgt, daß grundsätzlich nur ihm und keinem anderen Staatsorgan die Ausübung rechtsprechender Tätigkeit überlassen werden darf; sie besagt aber nicht umgekehrt, daß der Richter allein mit rechtsprechenden Aufgaben betraut werden dürfe. Das Übertragungsverbot ist also nicht "reziprok"[1], sondern hat vor allem zum Ziel, das in Artikel 2o Abs. II GG statuierte Gewaltenteilungsprinzip - bezogen auf die dritte Gewalt - zu konkretisieren und diese gleichrangig neben Exekutive und Legislative zu stellen[2].
Mithin ist die Wahrnehmung materiell verwaltender Funktionen, wie sie sich in Vollstreckung und Vollzug sowie im Bereich der Strafaussetzung und der bedingten Entlassung darstellt, mit dem Prinzip des Artikels 92 GG vereinbar.

3. Die Befassung des Richters mit Verwaltungsaufgaben steht auch nicht in Widerspruch zu Artikel 97 GG. Hiernach ist der Richter sachlich und persönlich unabhängig und allein Gesetz und Recht unterworfen.

Zwar ist er als Vollstreckungsleiter nach § 451 Abs. III StPO sowie bei der Verwirklichung jugendgerichtlicher Erkenntnisse,von den in § 83 JGG normierten Ausnahmefällen abgesehen, insoweit Organ der Justizverwaltung, unterliegt in gleichem Maße wie diese den Anordnungen und Weisungen der vorgesetzten Behörde, kann wegen Besorgnis der Befangen-

---

1) Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III, 2. Halbband, S. 523 ff. (633).

2) Vgl. hierzu Holtkotten in Bonner Kommentar, Artikel 92, S. 3; Zinn, Die Rechtsprechung, DÖV 1949 S. 278 ff.

heit nicht abgelehnt werden und stellt seine Maßnahmen der Überprüfbarkeit im Dienstaufsichtswege anheim[1], doch garantiert Artikel 97 GG die richterliche Unabhängigkeit nur insoweit, als der Richter als Organ der Rechtsprechung, folglich bei Wahrnehmung rein rechtsprechender Aufgaben tätig wird. Sofern er außerhalb dieses ihm eigentümlichen Funktionsbereiches auftritt, wie hier im Zuge von Vollstreckung und Vollzug, steht er nicht mehr unter dem Unabhängigkeitsprivileg des Artikels 97 GG[2].

4. Seine Tätigkeit als weisungsabhängiges, mit materiell verwaltenden Aufgaben betrautes Organ steht auch im Einklang mit dem in Artikel 2o Abs. II GG festgelegten Prinzip der Gewaltentrennung. Dessen vordringlicher Zweck ist die Verhinderung des Machtmißbrauchs durch eine mit zu weitgehenden Befugnissen ausgestattete Gewalt, die Begründung und Aufrechterhaltung einer gegenseitigen Kontroll-

---

1) Dabei kann hier die Frage dahinstehen, welche Stelle als Aufsichts- und Beschwerdeinstanz berufen werden kann, ob allein der Land (Amts-)gerichtspräsident oder auch eine staatsanwaltschaftliche Behörde. Die wohl überwiegende Meinung läßt die Dienstaufsicht einer staatsanwaltschaftlichen Stelle über Richter bei Wahrnehmung von Vollstreckungsaufgaben zu; vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band, § 451 Anm.IV 2 b, d, S. 274/275, m.w.N.; KMR, Strafprozeßordnung, Vorb. 2 b) vor § 449; zum Aufbau der Justizverwaltung vgl. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Anhang: GVG, im Anschluß an § 21.

2) Hamann, Grundgesetz, Artikel 97, Anm. B 2, S. 4o2; Holtkotten in Bonner Kommentar, Artikel 97, Anm. II 1 a, S. 1o3; Maunz, Staatsrecht, § 28 II 4, S. 251.

und Begrenzungsfunktion sowie die Wahrung eines Gleichgewichts der Substanzen. Hiermit ist es nicht unvereinbar, wenn ein Organträger in gewissem Umfang Funktionen eines anderen wahrnimmt, so daß eine Kongruenz von Verwaltungsamt und materiell verwaltender Funktion nicht notwendig Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Staatsgefüges ist.
Eine scharfe Grenzziehung ist oft weder möglich, noch, gemessen am Sinn der Regelung, erforderlich[1]. Solange eine gegenseitige Kontrolle und Hemmung gewährleistet ist, bedarf es keiner ausnahmslosen Übereinstimmung der Tätigkeit eines Organs mit dem ihm ursprünglich zugewiesenen und zustehenden Funktionsbereich [2].

---

1) Vgl. hierzu BverfG E 3 S. 225 ff. (247); E 7 S. 183 ff. (188); BGH NJW 1968 S. 996, der erneut hervorhebt, die Gewaltenteilung sei als tragendes Organisationsprinzip nirgends rein verwirklicht.

2) So ist die Feststellung des Haushaltsplanes materiell verwaltender Natur, geschieht sie gleichwohl in Gestalt eines formellen Gesetzes. Umgekehrt hat die Verwaltung die Befugnis, Rechtsnormen zu erlassen, wie sich Rechtsprechungsorgane wiederum auf dem Gebiet der Verwaltung betätigen, wenn sie etwa bei Beurkundungen, im Zuge der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder bei der Geschäftsverteilung tätig werden; vgl. hierzu Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Lent, S. 17 ff. Noch in jüngster Zeit hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, die Legalenteignung sei "wesensmäßig Verwaltung durch Gesetz"; es handele sich um einen Hoheitsakt in Gesetzesform, der "in seinem sachlichen Gehalt aber einen Vollzugsakt" darstelle, BverfG DB 1969 S. 35 ff. (37,rechte Spalte, 38,linke Spalte)

II.1. Diese Gedanken führt § 4 DRiG weiter, der grundsätzlich die gleichzeitige Wahrnehmung von Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und solchen der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt durch einen Richter verbietet, zugleich aber Ausnahmen hiervon für diejenigen Tätigkeiten zuläßt, die entweder für das Funktionieren der Gerichtsarbeit unerläßlich erscheinen, dem Richter aufgrund eines Gesetzes zugewiesen sind, wissenschaftlichen Zwecken dienen oder Prüfungsangelegenheiten zum Gegenstand haben.
Gleichgültig, ob man den richterlichen Vollstreckungsdienst zur Gerichtsverwaltung im Sinne des § 4 Abs.II Nr.1 DRiG zählt[1] oder ob es sich um eine zugewiesene Aufgabe im Sinne der Nr.2 des § 4 Abs. II DRiG handelt[2] - Gesetz im Sinne dieser Vorschrift kann Bundes- oder Landesgesetz oder eine Rechtsverordnung sein, es genügt auch, wenn eine nicht in dieser Form ergehende Zuweisung auf gesetzlicher Grundlage beruht[3] - jedenfalls wird die richterliche Vollstreckungstätigkeit durch § 4 Abs. II DRiG erfaßt, so daß kein Fall der Inkompatibilität nach § 4 DRiG gegeben ist.

---

1) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Teil I, S. 272, Fußnote 291; unklar Schäfer in Löwe-Rosenberg, der ihn einmal zur Gerichtsverwaltung im Sinne der Nr.1 rechnet (Strafprozeßordnung, 1.Band, Einleitung, S.57), ihn ein andermal als Verwaltungstätigkeit ansieht, "die nicht die Gerichte selbst betrifft" und somit dem § 4 Abs. II Nr. 2 DRiG unterfalle (Strafprozeßordnung, 2.Band, § 451 Anm. II 1, S. 272).

2) Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, § 4 Rdnr. 19; KMR, Strafprozeßordnung, Einleitung, Nr. 4 a, S. 38.

3) Gerner-Decker-Kauffmann, Deutsches Richtergesetz, § 4 Rdnr. 17/18; Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, § 4 Rdnr. 19; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band, Anhang: Deutsches Richtergesetz, § 4 Anm. 3 b, S. 87o.

Problematisch ist lediglich der Fall, da ein Richter mit der Leitung eines Gerichtsgefängnisses betraut ist.
Zwar ist diese Möglichkeit in der Dienst- und Vollzugsordnung (Nr.'n 2 Abs. II, 12 Abs. II S. 2) vorgesehen, da es sich hierbei aber lediglich um eine Verwaltungsvorschrift handelt, die die Erfordernisse des § 4 Abs. II Nr. 2 nicht erfüllt, kann die Leitung eines Gerichtsgefängnisses, sofern landesgesetzlich keine Regelung getroffen ist[1], nicht unter diese Bestimmung subsumiert werden.
Die Justizverwaltungen rechnen diese Tätigkeit zur Gerichtsverwaltung im Sinne der Nr. 1 des § 4 Abs. II DRiG[2], was aber der herkömmlichen Deutung des Terminus "Gerichtsverwaltung" widerspricht. Hierunter versteht man die Verwaltungstätigkeit sämtlicher Gerichtszweige, "mit der die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für deren eigentliche Funktion, die Rechtsprechung, geschaffen werden"[3], wie etwa die Behandlung der Personalangelegenheiten oder das juristische Ausbildungswesen, nicht aber diejenigen Tätigkeiten, die nicht mehr die Gerichte selbst betreffen, sondern andere, nicht-richterliche Aufgaben im Bereich der Justiz zum Gegenstand haben. Letztere unterfallen, und hierzu sollte auch der Bereich richterlicher Vollzugsleitung zählen, der Justizverwaltung im Sinne des § 4 EGGVG[4].

---

1) Wie z.B. gemäß § 79 Hess. Richtergesetz, §95 Bad.-Württemberg. Richtergesetz.

2) Mitgeteilt von Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2. Band, Anhang: Deutsches Richtergesetz, § 4 Anm. 3 b, S. 87o.

3) Gerner-Decker-Kauffmann, Deutsches Richtergesetz, § 4 Rdnr. 15; ähnlich Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, § 4 Rdnr. 18.

4) So wohl Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, Anhang A 3, § 4 DRiG Anm. 2; Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Anhang: Deutsches Richtergesetz, § 4 Anm. 3 a.

Soweit also gesetzliche Bestimmungen die Übertragung der Leitung einer Vollzugsanstalt auf den Richter vorsehen, ist seine Tätigkeit durch § 4 Abs. II Nr.2 DRiG gedeckt, soweit derartige Vorschriften fehlen, ist sein Tun als Geschäft der Justizverwaltung im Sinne des § 4 EGGVG anzusehen.

2. Die Befassung des Richters mit Vollstreckungsangelegenheiten und die damit einhergehende staatsanwaltschaftliche Dienstaufsicht widerspricht auch nicht dem Gebot des § 151 GVG. Hiernach dürfen Staatsanwälte weder richterliche Geschäfte wahrnehmen noch darf ihnen die Dienstaufsicht über Richter bei Erfüllung richterlicher Aufgaben übertragen werden.
Strafvollstreckung und Strafvollzug sind aber gerade, wie darzulegen versucht, kein "richterliches" Geschäft, so daß ihre Übertragung auf die Staatsanwaltschaft dem § 151 S.1 GVG ebensowenig widerspricht wie die insoweit gegebene Dienstunterworfenheit des Richters unter den Generalstaatsanwalt dem § 151 S.2 GVG zuwiderläuft[1].

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß der derzeitigen Betrauung eines Richters mit Verwaltungsfunktionen im Rahmen von Strafvollstreckung und -vollzug gesetzliche Normen nicht entgegenstehen.

---

1) Das ist mitlerweile anerkannt, vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band, Anhang: GVG,§ 151 Anm. 2; Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, Anhang: GVG,§ 151 Anm. 2; a.A. noch Schwarz, Strafprozeßordnung, 22.Auflage (München und Berlin 1960) Anhang: GVG, § 151 Anm. 1. Ob es ratsam erscheint, Richter der staatsanwaltschaftlichen Dienstaufsicht zu unterwerfen, ist eine andere Frage, die hier keiner näheren Erörterung bedarf.

6. Abschnitt: Systematische Stellung von Strafvollstreckung und Strafvollzug

A. Vorbemerkung

Die vorliegende Untersuchung hat sich bisher um eine Abgrenzung vollstreckender und vollziehender Funktionen im Rahmen der Verwirklichung erkannter Freiheitsstrafen bemüht und versucht, diesen hoheitlichen Funktionskreis materiell zu qualifizieren. Es bleibt zu fragen, wo dieser strafrealisierende Gesamtbereich systematisch einzuordnen ist.

Dabei bietet sich einmal die Möglichkeit, ihn als Teil des materiellen Strafrechts anzusehen, zum anderen könnte er auch Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne sein, und nicht zuletzt ließe sich daran denken, ihn als selbständiges Drittes neben materiellem und formellem Recht anzusiedeln.

Dies wiederum setzt eine vorgehende Klärung von Wesen, Funktion und Zielsetzung des Prozesses sowie des materiellen Rechtes voraus, denn nur von da her kann eine systematische Zuweisung erfolgen, will man nicht, wie angedeutet, formelle und materielle Elemente verquicken und zu dem "Ergebnis" gelangen, der Strafvollzug etwa gehöre zum materiellen Recht, es sei bei ihm aber auch viel Verwaltung zu beachten, oder die Strafvollstreckung sei nicht nur Rechtspflege, sondern zugleich Verwaltung, oder sie müsse noch "mit zur rechtsprechenden Tätigkeit gerechnet werden"[1].
Zuvor soll jedoch, um des besseren Verständnisses willen, ein kurzer Überblick über die Behandlung dieses Problems durch Gesetzgebung und Literatur vermittelt und zugleich aufgezeigt werden, daß

---

1) Depenbrock, Erwachsenen-Strafvollzug, S. 41.

auch hier die Begründung der einen oder anderen Ansicht oft recht apodiktisch und wenig überzeugend ausgefallen ist.

B. Systematische Zuweisung durch Gesetzgebung und Literatur

I.1. Die Reichsverfassung vom 16. April 1871[1] zählte zu den der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des Reiches unterliegenden Angelegenheiten in Artikel 4 Nr. 14 "das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren". Als Teil des gerichtlichen Verfahrens ist offenbar auch die Strafvollstreckung angesehen worden, jedenfalls soweit sie im 7. Buch der später erlassenen Strafprozeßordnung eine Regelung fand[2]. Bumke[3] vertrat gar die Ansicht, es könne kein Zweifel darüber bestehen, daß mit der in Artikel 4 Nr. 13 gewählten Formulierung auch der Strafvollzug erfaßt worden sei.

2. Artikel 7 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) ging einen Schritt weiter und wies dem Reich in Nr.2 die Gesetzgebung über das Strafrecht, in Nr. 3 über das gerichtliche Verfahren "einschließlich des Strafvollzugs" zu.
Teil des gerichtlichen Verfahrens bildete auch hier das Vollstreckungswesen[4], ein Novum war lediglich

---

1) BGBl. 1871 S. 63 ff. (64 ff.).

2) Vgl. Reincke, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 49 ff. (115 ff., 118).

3) Bumke, Die Freiheitsstrafe als Problem der Gesetzgebung, in:Gefängniswesen, S.16ff.(21); vgl. auch von Seydel, Max, Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich, 2.Aufl. (Freiburg/B. und Leipzig 1897),S. 58 ff. (1o1/1o5).

4) Vgl. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Artikel 7, Kommentar zu Nr. 3, S. 54.

die gesonderte Erwähnung des Strafvollzugs.
Die Motive zur Verfassung geben über die Einfügung dieser Materie keinen Aufschluß[1]. Auch der Formulierung kann nicht entnommen werden, ob der Verfassungsgeber das Strafvollzugswesen noch als Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne angesehen hat oder ob er es als selbständiges Drittes neben das Verfahren zu stellen gedachte. Offenbar hat er es aber nicht mehr als Teil des materiellen Rechts begriffen, da dessen alleinige Erfassung in Nr. 2 des Artikels 7 erfolgt war.

3. Nach Artikel 74 Nr. 1 des Bonner Grundgesetzes (GG) erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auf "das Strafrecht und den Strafvollzug, die Gerichtsverfassung (sowie) das gerichtliche Verfahren". Im Gegensatz zur Regelung in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) wird der Strafvollzug nicht mehr neben das Verfahrensrecht gestellt, sondern erscheint nunmehr neben dem materiellen Recht, getrennt vom Prozeßrecht durch die Gerichtsverfassung.
Über die Motive des Verfassungsgebers, die Gesetzgebungsmaterien in der hier vorliegenden Reihenfolge zu erfassen, ist nichts erkennbar. Im Verlauf der Beratungen über die Vorschriften des Zuständigkeitskatalogs ist kein einziges Mal erörtert worden, zu welchem Rechtsgebiet der Strafvollzug seiner Natur nach gehöre.

Der Chiemseer Entwurf hatte ihn in Artikel 36 unter Nr. 2 neben das Strafrecht gestellt, der Zuständigkeitsausschuß gelangte zu einer neuen Nr. 1, in der es hieß " ... Strafrecht, Gerichtsverfassung, zugehörendes Verfahrensrecht und Strafvollzug", und der

---

1) Vgl. etwa Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Stenographische Berichte, Band 327, S. 1247 ff., Band 328, S.2104.

Allgemeine Redaktionsausschuss formulierte den Vorschlag: " ... das Strafrecht und den Strafvollzug, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren ...". Der Zuständigkeitsausschuß schloß sich dieser Fassung an, und dabei blieb es bis zur abschließenden Beratung. Eine Erörterung der Gründe für diese Regelung fand gleichfalls nicht mehr statt[1].

Man könnte jedoch aus der abschließenden Fassung den Schluß ziehen, der Verfassungsgeber hätte sicherlich, wollte er den Strafvollzug als Bestandteil des Verfahrens oder des materiellen Rechts angesehen haben, diesen nicht mehr eigens neben dem gerichtlichen Verfahren aufgeführt, sondern ihn in gleicher Weise wie die Strafvollstreckung unerwähnt gelassen.

Doch kann dem zu Recht entgegengehalten werden, daß die Artikel 73 ff. GG ebenso wie Artikel 7 WRV lediglich eine Zuständigkeitsabgrenzung im Bereich der Gesetzgebung vornehmen, nicht aber rechtsdogmatische Fragen klären wollten. Es wurde sogar ausdrücklich hervorgehoben, daß der Gesetzgeber einfache, klare und bekannte Begriffe zu verwenden gedachte, um Zweifelsfragen möglichst auszuschließen und Konflikte zu vermeiden.

Aus den verfassungsrechtlichen Regelungen läßt sich somit allenfalls herleiten, daß der Verfassungsgeber die in der Strafprozeßordnung geregelte Strafvollstreckung als Bestandteil des Verfahrens angesehen hat, dem Strafvollzug hingegen eine gewisse Eigen-

---

1) Vgl. zum Ganzen: Doemming, Füßlein, Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JbÖffR (NF), Band 1 S. 1 ff. (5oo ff.).

ständigkeit zuerkennen wollte[1].

4. Die Tatsache, daß der Strafvollzug seine Grundlagen im Strafgesetzbuch und die Strafvollstreckung eine Regelung in der Strafprozeßordnung gefunden haben, könnte Indiz dafür sein, daß der Gesetzgeber sie jeweils als Teil dieser Rechtsmaterien angesehen haben wollte[2].
Zu diesem Schluß könnte man jedenfalls gelangen, wirft man einen Blick in die Materialien zur Strafprozeßordnung. Ging es bei der Regelung des Strafvollstreckungswesens auch vornehmlich um die Frage, welcher Behörde die Leitung desselben übertragen werden sollte, so bestand doch grundsätzlich Einigkeit darüber, daß sie, soweit sie die Überführung des Verurteilten in die Strafanstalt und die Überwachung der Strafzeit zum Gegenstand hatte, eine Regelung im Rahmen der Strafprozeßordnung finden sollte.
Zwar wurden Stimmen laut, die mit dem gesprochenen Urteil die Tätigkeit des Richters als beendet ansahen[3] und meinten, die Gefängnisverwaltung stelle

---

1) Einen interessanten Einblick gewährt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. April 1953 (BverfG E 2 S. 213 ff.); dort heißt es, die Befugnis des Bundes zur Gewährung von Straffreiheit nach dem Straffreiheitsgesetz vom 31.Dezember 1949 (BGBl. S. 37) ergebe sich, soweit die N i e d e r s c h l a g u n g e i n e s V e r f a h r e n s infrage stehe, aus seiner Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des gerichtlichen Verfahrens; soweit das Straffreiheitsgesetz dagegen r e c h t s k r ä f t i g e r k a n n t e S t r a f e n e r l a s s e, könne er seine Zuständigkeit aus seiner Gesetzgebungsmacht für den Bereich des Strafvollzuges herleiten, BverfG E 2 S. 221/222.

2) Diese Frage wurde schon eingangs bei der Erörterung des Gefangenenrechtsschutzes angeschnitten, vgl. S. 24 f.

3) Abg. Marquardsen, Hahn, Materialien (1880), S. 1134.

Anforderungen an den Richter, "welche mit seinem Berufe in gar keinem Zusammenhange ständen"[1], doch sollte mit diesen Argumenten lediglich die richterliche Zuständigkeit zur Strafvollstreckung verneint, nicht aber der organische Zusammenhang zwischen dieser und dem Verfahren geleugnet werden.
Was den Rechtsschutz des Verurteilten gegen ihn beschwerende Vollstreckungsakte anlangte, so wurde ausdrücklich hervorgehoben, ein dahingehender Antrag "betreffe die Form des Verfahrens und empfehle sich daher zur Aufnahme in die Prozeßordnung", wogegen die Regelung der "materiellen Vorschriften über die Strafvollstreckung" einem "Gefängnißgesetz" vorbehalten bleiben sollte[2].
Auch im Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1908 wurde betont, die Art und Weise, wie die Vollstreckung angeordnet werde, könne in der Strafprozeßordnung Raum beanspruchen, die Regelung des eigentlichen Strafvollzugs gehöre jedoch nicht in den Rahmen der Strafprozeßordnung[3].

Ob diesen legislatorischen Erwägungen so viel Gewicht beizumessen ist, nunmehr die Strafvollstreckung als letzten und abschließenden Teil des Strafverfahrens anzusehen, den Vollzug hingegen als selbständiges Drittes außerhalb des Verfahrens systematisch einzuordnen, erscheint allerdings zweifelhaft. Denn daß der Gesetzgeber in der Strafprozeßordnung keine Einzelheiten des Vollzugswesens geregelt hat, lag vornehmlich daran, daß die Ausgestaltung des Strafvollzugs innerhalb der Länder große Verschieden-

---

1) Abg. Thilo, Hahn, Materialien (1880), S. 1133.

2) Abg. Struckmann, Hahn, Materialien (1880), S. 1135.

3) Vgl. Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Berlin 1908, S. 292, Erster Abschnitt, vor §§462 bis 465.

heiten aufwies und keine Einigung über eine einheitliche Regelung sowie die Finanzfragen erzielt werden konnte[1]. Nicht von ungefähr verwahrte sich der Abgeordnete von Schwarze dagegen, auf das Gesetz über den Strafvollzug verwiesen zu werden, schließlich halte er "das Zustandekommen jenes Gesetzes für weit aussehend"[2], und in der Tat ist bis heute kein derartiges Gesetz zustandegebracht worden[3].

II. Die Diskussionen in der Literatur bestätigen sodann, daß mit der gesetzgeberischen Fixierung die Frage nach dem systematischen Standort von Vollstreckung und Vollzug noch nicht geklärt war.

1. Glaser vertrat die Ansicht, beim Strafprozeß handele es sich um einen Vorgang, vermöge dessen im Einzelfalle durch Herbeiführung und Vollzug"[4] eines Richterspruchs der einer Strafrechtsnorm entsprechende Zustand wiederhergestellt werde. Er teilt das Recht des Staates zu strafen in die drei Elemente der Strafverfolgung, der richterlichen Entscheidung und des Vollzuges auf und erfaßt sie allesamt in dem einheitlichen Komplex "Prozeß". Und um die Einheitlichkeit dieses Gesamtvorganges zu unterstreichen, hält er es für denkbar, daß die Verfolgung und der Vollzug "in größerem oder geringerem Umfange ebenfalls der richterlichen Gewalt überlassen werden"[5] könne.

---

1) Vgl. Krohne, Gefängniskunde, S. 148/149.

2) Abg. von Schwarze, Hahn, Materialien (1880), S. 1135.

3) Vgl. hierzu die einleitenden Ausführungen S. 1ff.

4) Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1.Band, § 1, S. 3; § 3 I, S. 11.

5) Glaser, a.a.O., S. 14.

Schon Planck hat die Vollstreckung als "Theil des frühern Rechtsstreits"[1] angesehen und nach Binding bewirkt sie als "Schlussakt des Prozesses"[2] den Untergang des Strafprozeßverhältnisses. Selbst Rosenfeld, der als Ziel des Strafprozesses die Feststellung eines staatlichen Strafanspruchs, nicht aber dessen Realisierung, anerkennt, räumt ein, der Strafprozeß habe dieses Ziel "wenigstens nicht als Erkenntnisverfahren"[3]. Demzufolge ist es nur natürlich, wenn er mit dem richterlichen Erkenntnisakt den Prozeß als Ganzes enden läßt und ebenso konsequent, wenn er "daher" die Strafvollstreckung in seinem Lehrbuch "nur als Anhang"[4] behandelt. Ähnlich begreift Gerland die Umsetzung der konkret erkannten Strafe in die Tat als Gegenstand des Verfahrens im weiteren Sinne, will aber das "Strafvollzugsverfahren" aus dem "Prozeßverfahren" ausgeschlossen wissen[5].

Die Diskussionen um die systematische Stellung vornehmlich des Vollzugswesens erreichten im Verlauf der Erörterungen über die Abschaffung des Dualismus im preußischen Gefängniswesen noch einmal einen Höhepunkt. Zwar war für den damaligen Verordnungsgeber vor allem "eine Vereinfachung und Verbilligung aller Staatsverwaltungen"[6] Preußens maßgeblich, doch

---

1) Planck, Systematische Darstellung, § 2o3, S. 619.

2) Binding, Grundriß, § 127, S. 296.

3) Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozeß, § 9, S. 33.

4) Rosenfeld, ebenda.

5) Gerland, Strafprozeß, § 1, S. 2, 4.

6) Vgl. Königlichen Erlaß vom 19. Januar 1917, zit. bei von Hippel, Einheitlichkeit des Gefängniswesens in Preußen, ZStW 39 (1918) S. 462; daß die Zusammenfassung des Gefängniswesens schon lange zuvor geplant war, beweist u.a. auch die preußische Kabinettsorder vom 11. Juli 1845; vgl. hierzu Hamm, Die Zweiteilung im preußischen Gefängniswesen, DJZ 19o5 S. 968 ff. (969); Rosenfeld, Vereinheitlichung des preußischen Gefängniswesens, DJZ 1918 S. 111 f.

knüpfte die Lehre an diesen Vorgang grundsätzliche Erörterungen.
Wulffen bedauert, der Strafprozeß, aus dem der Verurteilte herkomme, "trieft sozusagen von Juristerei" und im Gefängnis, wo er den Prozeß verdauen solle, "brauchte kein Mensch etwas davon zu verstehen"[1], und Klein hält es für eine "störende Zäsur"[2], wolle man den Strafvollzug vom Strafprozeß trennen. Für Kitzinger ist die Strafvollziehung "letzter und wichtigster Akt des Strafverfahrens"[3], wogegen Deetjen die Ansicht vertritt, der Strafgefangene müsse "verwaltet" und eine scharfe Grenze zwischen Strafverfolgung und Strafvollzug gezogen werden[4]. Robert von Hippel hält die Anschauung für überwunden, wonach die Aufgabe der Justiz mit dem Richterspruch endige und hebt hervor, der Strafvollzug, der von den Zwecken des Strafrechts beherrscht werde, gehöre systematisch ebenso zur Rechtspflege wie die Zwangsvollstreckung zum Zivilprozeß[5]. Ähnlich sieht Sauer in der Vollstreckung eine "Ergänzung des Urteilsverfahrens" und in beiden, Urteil und Vollstreckung, die "Höhepunkte des Prozesses"[6].

---

1) Wulffen, Reformbestrebungen, S. 13.

2) Klein, Die Zweiteilung in dem preußischen Gefängniswesen, GS 68 (1906) S. 213 ff. (229).

3) Kitzinger, Betrachtungen über die Freiheitsstrafe, GA 65 (1918) S. 193 ff. (216).

4) Deetjen, Zum Recht des Gefangenen, Strafrechts-Zeitung 1916 S. 47 ff. (50); der Verfasser hat aber selbst das Wort "verwaltet" in Anführungszeichen gesetzt.

5) Rob. von Hippel, Einheitlichkeit des Gefängniswesens in Preußen, ZStW 39 (1918) S. 462/463; ähnlich in: Der Deutsche Strafprozeß, § 1, S. 2.

6) Sauer, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929) S. 538/539; vgl. auch Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, § 4 II 2 e, S. 43.

2. Auch in der jüngeren Literatur wird die Meinung vertreten, die Strafrealisierung bilde einen Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne. So betonen Schwarz-Kleinknecht, das Strafvollzugsrecht gehöre zum Strafvollstreckungsrecht, "jedenfalls aber zum Strafverfahrensrecht"[1], und Peters sieht im verurteilenden Erkenntnis nur ein "Durchgangstor zu dem weiteren Verfahrensablauf"[2], dem Vollzug. Tiedemann glaubt, der Strafvollzug sei dem Strafprozeß "durchaus wesensverwandt"[3] und Köhling spricht von Vollstreckung und Vollzug als einer dem Schuldspruch folgenden "Phase des Strafverfahrens"[4]. Kern bemerkt, die Vollstreckung gehöre "zwar nicht begrifflich, aber praktisch zur Rechtsprechung" und der Strafvollzug bilde einen "Teil der Strafrechtspflege"[5]. Henkel dagegen gibt zu bedenken, Strafvollstreckungs- und Vollzugsrecht trete als Einheit dem materiellen Strafrecht und dem Verfahrensrecht selbständig gegenüber und beschränkt somit die Funktion des Strafverfahrens auf den Ausspruch der Rechtsfolge, die sich aus der Feststellung oder Nichtfest-

---

1) Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, Einleitung, Anm. 2 F c, S. 19.

2) Peters, Strafvollzug, Der Vollzugsdienst 1964, Nr. 1, S. 2 ff. (7).

3) Tiedemann, Rechtsstellung des Strafgefangenen, S. 83.

4) Köhling, Rechtsprechende und verwaltende Funktionen des Strafrichters, Diss., S. 132; der Bundesgerichtshof hebt hervor, für diesen "letzten Abschnitt des Verfahrens" seien in erster Linie Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden verantwortlich, BGH St 19 S. 151, und Marc Ancel, Der Strafvollzugsrichter in Frankreich, ZStW 8o (1968) S. 9oo ff. (9o8), spricht im Zuge der Beteiligung des Richters am Strafvollzug in Frankreich von einer "juridiction continuée";

5) Kern, Stellung des Rechtspflegers, Rpflg. 1962 S. 197 f. (198); ähnlich: Müller-Dietz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, S. 114, wonach der Strafvollzug näher an den Täter heranführe "als die voraufgegangenen Verfahrensstadien".

stellung der Verwirklichung eines Straftatbestandes ergibt[1]. Auch Roxin ist - in Abweichung von der noch von Kern bearbeiteten Vorauflage des Lehrbuchs[2] der Ansicht, der Strafvollzug stehe als selbständige Materie außerhalb des Strafverfahrens, die Strafvollstreckung aber als Einleitung und generelle Überwachung der Urteilsverwirklichung sei "herkömmlich" noch als letzter Teil desselben anzusehen[3].

III. Dieser kurze Überblick mag verdeutlicht haben, daß auch hinsichtlich der systematischen Stellung des dem Urteil folgenden Abschnitts der Strafverwirklichung sich bislang noch keine einheitliche Meinung herausgebildet hat. Zwar wird wiederholt betont, und man könnte diese Ansicht fast als herrschend bezeichnen, die Strafvollstreckung sei Bestandteil des Verfahrens, doch zum einen vermißt man allenthalben eine nähere Begründung - sie wird meist aus der Stellung der wenigen Vollstreckungsvorschriften in der Strafprozeßordnung hergeleitet - zum anderen ist nur selten zu erkennen, ob auch der Vollzug davon erfaßt werden soll.

---

1) Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 18/19; die noch in der ersten Auflage seines Lehrbuchs zur Verdeutlichung angehängte Fußnote erscheint bezeichnenderweise in der 2. Auflage des Lehrbuchs nicht mehr; vgl. einerseits Henkel, Strafverfahrensrecht, 1.Auflage (Stuttgart und Köln 1953), S. 5/6 Fußnote 4, andererseits 2. Auflage, S.18/19.

2) Kern, Strafverfahrensrecht, § 1 A I 2 b, S. 1, § 58, S. 252, 255 Abschnitt B, und in: Gerichtsverfassungsrecht, § 31 II, S. 22o,Fußnote 2.

3) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 58 A III, S. 262.

C. Vollstreckung und Vollzug als Teil von materiellem Recht oder Verfahrensrecht

I. Die Methode, aus der positiv-rechtlichen Einordnung einer Rechtsmaterie auf deren systematischen Standort schließen zu wollen, erscheint wenig probat. In gleicher Weise, wie man bei der materiellen Qualifizierung einer Hoheitsfunktion von deren eigentlichem Wesen auszugehen hat, muß auch bei einer systematischen Einordnung der "Ordnungsträger" selbst Ausgangspunkt der Betrachtungen sein[1].

II.1. Prozeßrecht und materielles Recht beziehen sich auf verschiedene "soziale Wirklichkeitsräume"[2].

Die Normen des materiellen Rechts bilden Maßstab und Richtschnur für die richterliche Urteilstätigkeit, sie stellen sich als die Vertypung des Unrechts- und Schuldgehalts von Verbrechen dar und knüpfen an eine schuldhaft begangene Tat die Strafe als Rechtsfolge. Sie begründen Rechte und Pflichten eines jeden und regeln sein Verhältnis zur Gesamtheit. Ihre Strafandrohung gilt grundsätzlich generell, ist aber nur an dem zu realisieren, der den gesetzlich normierten Tatbestand erfüllt hat.

---

1) Daß die Stellung im Gesetz kein sicherer Ausgangspunkt ist, zeigt das Beispiel der §§ 61 ff. StGB: Die Strafantragsbestimmungen finden eine Regelung im materiellen Strafrecht, sind aber nach ganz herrschender Lehre prozeßrechtlichen Charakters; der Strafantrag ist Prozeßvoraussetzung, nicht Bedingung der Strafbarkeit; vgl. BGH St 6 S. 155; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, § 61 II; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, Teil I, Einleitung, S. 1o5 ff.; Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch, § 61 Anm. 1; Eb.Schmidt, Strafprozeßordnung, Teil I, Rdnr. 34, S. 51.

2) Eb. Schmidt, Strafprozeßordnung, Teil I, Rdnr.33, S. 49.

Das Prozeßrecht gibt dem an ihm Beteiligten Verhaltensmaßstäbe, in seinen Formen vollzieht sich das Verfahren, das zum richterlichen Erkenntnis führt. Es ist gleichsam die Spielregel, anhand derer festgestellt werden kann, ob und in welchem Ausmaß gegen den Rechtsbrecher ein staatlicher Strafanspruch erwachsen ist.

2. Aufgabe des Prozesses ist in erster Linie die Aufklärung des Sachverhalts, die Prüfung und gegebenenfalls Feststellung, ob ein gesetzlicher Straftatbestand verwirklicht ist, ein Urteil über Schuld oder Nichtschuld des Täters zu fällen und, soweit möglich, eine gerechte Strafe zu verhängen. Im Prozeß geht es mithin um die Feststellung und rechtliche Wertung eines konkreten Sachverhalts, so daß er sich als ein Gefüge dynamischer Vorgänge darstellt, die auf das primäre Prozeßziel, das freisprechende oder verurteilende Erkenntnis,gerichtet sind.

Doch damit nicht genug. Es hieße die Funktion des Verfahrens zu eng gefaßt, wollte man sie auf den Ausspruch der Rechtsfolge beschränken, die sich aus der Feststellung oder Nichtfeststellung eines Straftatbestandes ergibt. Der Prozeß erschöpft sich nicht im richterlichen Erkenntnisakt, er reicht darüber hinaus.
Man kann ihn in drei Teile zerlegen: den der Ermittlung, den der Urteilsfindung und den der Urteilsrealisierung. Er hat folglich eine dreifache Funktion: Sein erster Abschnitt hat die Feststellung der "Wahrscheinlichkeit des Schuldig", des hinreichenden Verdachts zum Ziel, der zweite Abschnitt soll die "Gewißheit des Schuldig" ergeben,

und im dritten und abschließenden Teil soll das Erkannte in die Tat umgesetzt, vollzogen werden[1].

Der erste Verfahrensabschnitt richtet sich folglich gegen den einer Straftat Verdächtigen, er dient der Beibringung der Fakten, die eine Anklage rechtfertigen und unterliegt in seinem Gegenstand nur einer bedingten Beschränkung: Die Ermittlung muß auch "justizförmig" erfolgen, sie kann sich aber auf alle Verdachtsmomente erstrecken oder auf nur wenige konzentrieren.

Ist die Überleitung in den zweiten Verfahrensabschnitt erfolgt, die Anklage also zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet, so unterliegt der Gegenstand der Erörterung einer formellen Begrenzung. So wie im Zivilprozeß nur über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch entschieden werden darf - "ne ultra petita" - so ist im Strafverfahren Gegenstand der Urteilsfindung allein die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Weitere Straftaten des Angeklagten, die im Ermittlungsverfahren noch Gegenstand der Erörterung sein durften, können hier nur noch durch gesonderten Gerichtsbeschluß in das Verfahren einbezogen werden. Und kommt das Gericht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung als die Anklagebehörde, so darf es nicht verurteilen, ohne zuvor den Angeklagten auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben zu haben[2].

Der dritte und letzte Funktionsbereich dient der Realisierung des richterlichen Urteils. Hier besteht

---

1) Vgl. Sauer, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStW 49 (1929) S. 533 ff. (543) sowie: Die Begründung der Prozeßrechtswissenschaft, ZStW 4o (1919) S. 695 ff. (7oo); ähnlich in: Grundlagen des Prozeßrechts, § 8, S. 118 ff.

2) Vgl. zum Ganzen §§ 264 bis 266 StPO.

keine Möglichkeit mehr, das Erkenntnis in seinem Straf- oder Schuldausspruch zu revidieren, die Voraussetzungen der wahrzunehmenden Tätigkeitsakte liegen unabänderlich fest.

Hieraus erhellt, daß jeder Verfahrensabschnitt der ihm eigenen Zielsetzung unterliegt und von spezifischen Rechtssätzen beherrscht wird. Das Ermittlungsverfahren ruht - regelmäßig - in der Hand der Staatsanwaltschaft, das Erkenntnisverfahren ist eine Domäne des Richters, und das abschließende "Strafverwirklichungsverfahren" ist nur in seiner Einleitungsphase Sache der Staatsanwaltschaft - oder des Richters, im übrigen aber Aufgabe der Vollzugsorgane. Somit bilden sie eine Einheit funktional aufeinander zugeordneter Vorgänge, beginnend mit dem ersten Ermittlungsakt und endend mit der letzten, den Täter aus staatlicher Gewalt entlassenden Vollstreckungshandlung.

Zwischen den einzelnen Prozeßteilen besteht eine unverkennbare Wechselbeziehung dergestalt, daß das Erkenntnisverfahren nicht denkbar ist ohne vorgängige Ermittlungen, der Vollzug wiederum nicht möglich ist ohne vorheriges, rechtskräftig gewordenes Urteil. Dieses hat eine dreifache Funktion: einmal eine deklaratorische - es stellt die Schuld des Angeklagten fest; weiterhin eine konstitutive - es erkennt auf die schuldangemessene Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, und zum dritten eine imperative - es weist die zuständige Behörde zur Vollstreckung des Erkannten an.
Ein Urteil ohne Verwirklichung verfehlt aber seinen Zweck, und erst mit der Vollstreckung bewährt sich das Recht. Für den Rechtsbrecher ist das Urteil ohne Realisierung ein unverbindlicher Akt, oder, wie Andrae[1] es plastischer zum Ausdruck bringt, das

---

1) Andrae, Strafvollzug, S. 6.

Strafrecht allein krümmt keinem Verbrecher auch nur ein Haar. Die Vollstreckung im weitesten Sinne also ist es, die der Durchsetzung des Rechts dient und demzufolge das eigentliche Ziel und den naturgemäßen Abschluß des Prozesses bildet.
Wohl ist Henkel[1] zuzugeben, daß es primär Aufgabe des Strafverfahrens ist, die Feststellung über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten zu treffen, ohne dies ist ein Tätigwerden der Vollstreckungsorgane schlechthin unmöglich, die Funktion des Verfahrens darf sich darin aber nicht erschöpfen. Mögen auch verschiedene Organe mit dem jeweiligen Abschnitt befaßt sein, und mag auch die Stellung des Betroffenen eine jeweils grundverschiedene sein - bis zum Urteil gilt er als unschuldig, danach ist er überführt und der Tat schuldig - so ändert dies nichts an der engen Verzahnung der einzelnen Bereiche, die sich gegenseitig ergänzen und als organisches Ganzes zusammenfügen. Die urteilsmäßige Feststellung des staatlichen Strafanspruchs für einen konkreten Einzelfall ist ebenso Teil und Aufgabe des Verfahrens im weiteren Sinne wie die zwangsweise Verwirklichung des Erkenntnisses.
Es ist Sauer[1] zuzustimmen, wenn er feststellt, man könne diese Ansicht nicht mit dem Hinweis ad absurdum führen, daß dann der Strafprozeß erst mit dem Tode des zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten endigen würde. Denn in der Tat, in solchem Falle würde man den Prozeß ausschließlich als Erkenntnisverfahren begreifen und nicht mehr den weitergehenden, eigentlichen Zweck sehen, nämlich die Bewährung des Rechts durch Verwirklichung des

---

1) Henkel, Strafverfahrensrecht, § 1 II S.16,18.
2) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 121.

für Recht erkannten Zustandes[1].

III. Somit läßt sich zusammenfassend feststellen, daß Vollstreckung und Vollzug als die Gesamtheit derjenigen Maßregeln, die der Verwirklichung des urteilsmäßig Erkannten dienen, systematisch einen Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne bilden.

Zwar ist Aufgabe des Erkenntnisverfahrens, eine gerichtliche Wertung und Würdigung des Täters und seiner Tat herbeizuführen, es ist aber, wie aufzuzeigen versucht wurde, nur einer der drei Prozeßabschnitte und Träger nur eines der mehreren Prozeßzwecke. Unter ausschließlich richterlicher Leitung und Verantwortung vollzieht sich hier ein logisch-theoretischer Erkenntnisakt als Schlußstein rechtsfeststellender und an Gerechtigkeitsmaßstäben gemessener Erwägungen als Voraussetzung für die nachfolgende, rein praktische, auf Urteilsverwirklichung ausgerichtete Vollstreckungstätigkeit.
Vom ersten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakt bis zur abschließenden Vollstreckungshandlung wird "procediert", das heißt fortgeschritten von einer Prozeßstation zur anderen unter Beachtung der jeweiligen Prozeßzwecke. Die Urteilsbezogenheit ist dabei entscheidendes Merkmal der Akte im Erkenntnisverfahren, die Verwirklichung der Strafe und die Erreichung derer Zwecke ist Ziel des Vollstreckungsverfahrens.
Das Urteil ist nicht nur Abschluß des zweiten Verfahrensabschnittes, sondern zugleich Anfang und

---

1) "Jurisdictio sine coercitione esse non potest" - mit diesem Satz versuchte Birkmeyer, Strafprozeßrecht, S. 751, seiner Ansicht Nachdruck zu verleihen, wonach Vollstreckung und Rechtsprechung "untrennbar" zusammengehörten und demzufolge das französische System, das die erstere der Staatsanwaltschaft zuwies, abzulehnen sei.

Voraussetzung des letzten Teils. Es bedeutete eine ungerechtfertigte Zäsur, wollte man in der Urteilsfindung die Prozeßzwecke sich erschöpfen lassen und jede darüber hinausreichende, aber stets noch darauf aufbauende und den Richterspruch ausfüllende Funktionswahrnehmung aus dem Verfahrensbegriff im weiteren Sinne ausklammern.

Zur Vollstreckung von Vermögensstrafen verweist die Strafprozeßordnung auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung[1], letztere sind dort dem Verfahrensrecht zugewiesen und bilden auch systematisch einen Teil des Verfahrens. Es wäre gar zu ungereimt, wollte man das, was für Vermögensstrafen gilt, nicht auch entsprechend für Freiheitsstrafen gelten lassen.
Die Tatsache, daß der Richter als Herr des Erkenntnisverfahrens im Laufe der Zeit infolge des vor allem durch die Verhängung von Freiheitsstrafen notwendig bedingten Aufwandes an sächlichen und personellen Mitteln immer weniger Einfluß auf das Nachurteilsstadium auszuüben vermochte, sollte nicht zum Anlaß genommen werden, diesen Bereich nicht mehr als Teil des Verfahrens anzusehen.
Wenn Peters glaubt, durch die Eingliederung der Vollstreckung im weiteren Sinne in den Strafprozeß werde unzulässigerweise "Wesensverschiedenes verknüpft"[2], so ist ihm insoweit zuzustimmen, als in der Tat das Verfahren im engeren Sinne und die Vollstreckung im weiteren Sinne Verschiedenheiten sowohl in der rechtlichen Ausgestaltung als auch in der ihnen primär zugedachten Zielsetzung aufweisen. Unzulässig wäre eine Verknüpfung dieser beiden Funktionen unter dem Verfahren im weiteren

---

1) Vgl. § 463 StPO, sowie Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 2.Band, § 463 Anm. 4 a.

2) Peters, Strafprozeß, § 78 I a.E., S. 602.

Sinne aber nur dann, wenn beide, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, nicht dem weiteren Verfahrenszweck, nämlich der Bewährung des Rechts dienten. Da beide aber darauf ausgerichtet sind - das eine gibt die theoretisch-rechtliche Grundlage, das andere bringt die Verwirklichung mit sich - steht nichts im Wege, sie als Bestandteil eines und desselben größeren Rahmens, des Verfahrens im weiteren Sinne, anzusehen. Ob dabei die Organisationsbestimmungen des einen für das andere fruchtbar gemacht werden können[1], ist von sekundärer Bedeutung. Wesentlich ist die allen Verfahrensabschnitten gemeinsame Zielfunktion, die durch eine jeweils verschiedene rechtliche oder organisatorische Ausgestaltung nicht verändert werden kann.

Daß der "Rechtsstreit" mit dem Urteil ein Ende erreicht, ihm also durch das Verfahren schon Genüge getan ist, besagt noch nicht, daß damit der Prozeß die ihm obliegende Aufgabe erfüllt hat. Würde der Straftäter dem Urteilsgebot nicht freiwillig nachkommen, bliebe es letztlich nur bei der Feststellung seiner Schuld und der Festsetzung des Strafmaßes, was schwerlich als Ziel und Zweck des Strafverfahrens anzusehen ist. Erst die Strafverbüßung genügt dem Prozeßzweck in gleicher Weise wie etwa die Zahlung des säumigen Schuldners. Prozeßrecht ist Rechtsverwirklichungsrecht und wie anders wird die erkannte Freiheitsstrafe verwirklicht wenn nicht durch Vollstreckung und Vollzug.

Folglich bilden Strafvollstreckung und Strafvollzug, da sie dazu dienen, das urteilsmäßig Erkannte zu realisieren, die letzte und abschließende Phase des Strafverfahrens im weiteren Sinne.

---

1) Was für Peters, Strafprozeß, § 78 I a.E., S. 6o2, offenbar ausschlaggebend ist.

7. Abschnitt: Zusammenfassung und Ergebnis

In den vorstehenden Ausführungen wurde versucht, Strafvollstreckung und -vollzug gegeneinander abzugrenzen sowie ihre Rechtsnatur und systematische Stellung darzulegen.
Dabei hat sich gezeigt, daß Vollstreckung und Vollzug als materiell verwaltende Tätigkeiten systematisch dem Strafprozeß im weiteren Sinne zuzuordnen sind. Der Strafvollzug hat die eigentliche Strafdurchführung, die Realisierung des Strafübels, der Vollstreckungsbetrieb deren Einleitung und Überwachung zum Inhalt. Träger dieser Funktionen sind primär die Staatsanwaltschaft und die Vollzugsorgane, aber auch, und zwar vornehmlich im Jugendrecht oder kraft ausdrücklicher Zuweisung, der Richter. Ihm dürfen als Organ der Rechtsprechung auch Funktionen einer anderen Gewalt übertragen werden, die Zuweisung findet jedoch dort ihre Grenze, wo das Gleichgewicht zwischen den Gewalten aufgehoben wird.

Solange sich der Strafrichter aber in dem ihm eigentümlichen Bereich der Verhängung und - wie darzulegen versucht - Verwirklichung des Urteilsspruchs bewegt, kann von einer das Gleichgewicht störenden Funktionsverlagerung nicht die Rede sein. Würde der Richter von seiner ihm wesensgemäßen Aufgabe der Strafrechtsprechung durch die Wahrnehmung strafrealisierender Funktionen entfremdet und könnte man darin die Aushöhlung des eigentlich einem Verwaltungsorgan zustehenden Wirkungsfeldes sehen, nur dann wäre es bedenklich, ihn mit Vollstreckungs- oder Vollzugsaufgaben zu betrauen. Da dieser Bereich aber gerade die notwendige Ergänzung richterlichen Wirkens darstellt, kann es sich bei der Befassung des Strafrichters hiermit nur um eine legitime Erweiterung seiner eigentlich rechtsprechenden Aufgabe handeln.

Die Ansicht, für die Mitwirkung einer richterlichen Instanz auf dem Gebiete des Vollzugs sei schlechterdings kein Raum[1], ist heutzutage überwunden. Die Verbrechensverhütung, die präventive Verbrechensbekämpfung, der Umgang mit Mitteln, die ihm das sachliche Strafrecht für diese Zwecke zur Verfügung stellt, sind dem Strafrichter ohnehin schon geläufig.

Ein Blick auf das geltende Maßregelrecht mag dies verdeutlichen. Hier sind ihm Aufgaben zugewiesen, die bei weitem den Rahmen der reinen Rechtsprechungsfunktion überschreiten. Der Richter hat die Möglichkeit, Anordnungen zu treffen, die gleichermaßen von einer Verwaltungsbehörde verhängt werden können, denkt man etwa an die Entziehung der Fahrerlaubnis oder die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt[2].
Sollte es nicht ratsam erscheinen, diese spezifisch nicht-rechtsprechende Tätigkeit des Richters auch im Nachurteilsstadium zu verlangen? Es erscheint zumindest inkonsequent, daß man die richterliche Beteiligung im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung oder der bedingten Entlassung auch damit begründet, seine Persönlichkeitskenntnis und sein Vertraut-sein mit der Sache gewährleisteten eine bessere Täterbehandlung, um sich gleichzeitig aber seiner Mitwirkung im Strafvollzug zu verschließen.

---

1) Eichler, Inwieweit ist in der Strafvollstreckung Raum für eine Mitwirkung richterlicher Instanzen? GA 1935 S. 357 ff. (363).

2) Auch nach dem neuen Ordnungswidrigkeitenrecht kann der Richter mit grundsätzlich einer Verwaltungsbehörde zustehenden Aufgaben befaßt werden: Verfolgt die Staatsanwaltschaft eine Ordnungswidrigkeit mit einer zusammenhängenden Straftat, so entscheidet abweichend von § 35 OWiG das Gericht, das für die Strafsache zuständig ist, auch über die Ahndung der Ordnungswidrigkeit, § 45 OWiG.

Wenn als neue Aufgabe des Strafrichters zu Recht dessen über die eigentliche Urteilsfällung hinausreichende Betreuungs- und Erziehungsfunktion postuliert wird, dann nimmt es sich eigenartig aus, daß derjenige, der dieser Fürsorge vielleicht am meisten bedarf, der im Vollzug befindliche Strafgefangene nämlich, ihrer entraten muß. Er kam nicht in den Genuß der Strafaussetzung, da seine Persönlichkeit sowie sein Vorleben und Verhalten nach der Tat nicht erwarten ließen, daß er künftig ein gesetzmäßiges Leben führen werde. Es erschiene angebracht, ihm die gleiche Hilfe angedeihen zu lassen wie dem, der ohnehin für besserungsfähig befunden wurde. Oder wenn man bedenkt, daß dem Jugendlichen, der bedingt entlassen wurde, regelmäßig ein Bewährungshelfer zur Seite gestellt wird, derjenige jedoch, der mangels guter Sozialprognose seine volle Strafzeit abzubüßen hatte, auf diese Hilfe verzichten muß und ohne Beistand in die Freiheit entlassen wird.

Eine andere Frage ist es natürlich, wie weit die Befassung des Richters mit urteilsverwirklichenden Maßnahmen gehen darf. Sicherlich ist es bedenklich, ihn mit rein verwaltungstechnischen Angelegenheiten zu befassen. Es gibt jedoch im Nachurteilsstadium eine Vielzahl von Entscheidungen, deren urteilsausfüllender Charakter die richterliche Beteiligung geradezu gebietet.
Man kann hier, in Anlehnung an Peters[1], zwischen urteilsergänzenden und urteilsausführenden Anordnungen unterscheiden, wobei erstere dem Richter, letztere den Vollstreckungs- und Vollzugsorganen zugewiesen werden könnten. Peters rechnet zu den ur-

---

1) Peters, Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S. 63 ff. (74/75).

teilsergänzenden Entscheidungen im Bereich des Erwachsenenvollzugs u.a. die nachträglichen Anordnungen im Zuge der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 24 Abs. III StGB), die Entscheidung über den Widerruf der Aussetzung oder die bedingte Entlassung, sowie die Anordnung einer bestimmten, vom Regelvollzug abweichenden Vollzugsform. Er bezeichnet sie allesamt als "richterliche Akte"[1], womit er aber weniger eine materielle Qualifizierung dieser Maßnahmen vornehmen als mehr eine aus der Richterfunktion fließende Wahrnehmungszuständigkeit begründen will. Er sieht Urteil und Urteilsergänzung als "richterliche Aufgabe" an, was mit dem vorgefundenen Ergebnis übereinstimmt und nur insoweit von ihm abweichen würde, als er diese Akte als rechtsprechende im materiellen Sinne auffaßte. Sie bleiben, selbst wenn sie wesensmäßig dem Richter zustehen und von ihm in richterlicher Unabhängigkeit wahrgenommen werden, materiell verwaltender Natur.

Es ist jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit, Reformvorschläge für den Strafvollzug anzubringen, es sollte lediglich versucht werden, klarzulegen, daß zum einen Strafvollstreckung und Vollzug sich funktionell trennen lassen, daß sie als materiell verwaltende Funktionen systematisch einen Teil des Strafverfahrens im weiteren Sinne bilden und eine Beteiligung des Richters hieran grundsätzlich mit der Verfassung im Einklang steht. Sie sollte zugleich auch darauf hinweisen, daß die Zwecke des Strafverfahrens sich nicht in der Urteilsfindung erschöpfen, sondern die Aufgabe der Justiz erst dann beendet ist, wenn der Verurteilte nach schuldhaft begangener Tat wieder zu einem gesetzmäßigen Leben zurückgefunden hat.

---

1) Peters, Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S. 79.

Vielleicht ließe sich daran denken, einem Richter, ähnlich dem französischen "juge de l'application des peines", gewisse Beratungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse im Vollzug einzuräumen, die sich etwa auf die Verwendung des Gefangenen bei Außenarbeiten, die Gewährung von Ausgangserlaubnis oder seine Verlegung in halboffene oder offene Anstalten beziehen würden[1].
Man könnte auch an die Errichtung eines Vollstreckungsgerichts am Orte des Vollzugs denken, das über jene "urteilsergänzenden"Anordnungen zu befinden hätte und zugleich zum Wegfall des Strafsenates beim Oberlandesgericht oder nur noch zu dessen Zuständigkeit als Beschwerdeinstanz führte[2].

Nicht zuletzt wäre in Erwägung zu ziehen, die Auflagenerteilung nach Strafaussetzung zur Bewährung einem richterlichen Nachverfahren zu überlassen, um somit einmal eine - unzulässige - Verknüpfung von Strafzumessungserwägungen mit solchen der Auflagenerteilung zu verhindern und zum anderen die volle Konzentration des Gerichts auf die notwendigen und

---

1) Vgl. hierzu Marc Ancel, Der Strafvollzugsrichter in Frankreich, ZStW 8o (1968) S. 9 oo ff.

2) Vgl. Peters, Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S. 63 ff. (83); Tröndle, Die Aufgabe des Gerichts bei Anwendung der Strafen, ZStW 81 (1969) S.84 ff.; sowie die §§ 82 Abs. III, 87 Abs. II-IV, 89 Abs. VI, 9o, 1o5 Abs. III E 1962 und die Verhandlungen des Deutschen Juristentages, München 196o, Sitzungsberichte, Band II, S. E 71 ff., 93 ff., 12o f., 139 ff.;wiewohl hier mehrfach die Einrichtung eines Vollstreckungsgerichts abgelehnt wurde (so Hannemann, S. E 12o; Frey, S. E 139 ff.), war man sich doch darüber einig, daß es sich im Grunde um ein Zuständigkeitsproblem zwischen G e r i c h t e n handele, die Befassung eines Gerichts mit Vollstreckungs- und Vollzugsangelegenheiten also außer Frage stehen sollte (vgl. die Ausführungen von Jescheck, S. E 71; Lackner, S. E 93).

angebrachten Auflagen zu gewährleisten[1].
Weiterhin könnte man die den Vollzug betreffenden Vorschriften der Strafprozeß- und Strafvollstreckungsordnung in ein eigenständiges Vollzugsgesetz übernehmen[2], wobei - entsprechend der Regelung in § 869 ZPO- an die Einfügung eines § 451 a StPO gedacht werden könnte, der schlicht dahin lautete: "Der Strafvollzug wird durch ein besonderes Gesetz geregelt".
Man könnte auch wesentliche, den Strafvollzug erfassende Bestimmungen statt in einem eigenen Vollzugsgesetz in einem 8. Buch der Strafprozeßordnung regeln[3], wie die rechtliche Stellung des Gefangenen, die Art seiner Behandlung oder die Regelung von Arbeit und Entlohnung. Die Planung von Anstaltsbauten dagegen, die Art der Entlassenenfürsorge oder die Auswahl und Ausbildung von Vollzugsbediensteten könnte man der Regelung durch Verwaltungsvorschriften vorbehalten.

So wäre auch äußerlich der Zusammenhang zwischen dem Verfahren und dem Vollzug hergestellt und sichtbar hervorgehoben. Was ohnehin im Augenblick schon für gewisse Vollstreckungsbestimmungen gilt, wäre dann auch für den Bereich des Vollzugs verwirklicht.

Damit ergäbe sich das Bild der drei eine geordnete Strafrechtspflege tragenden Säulen: die strafeinleitende, die straferkennende und die strafvollziehende Instanz. Sie werden im Grundsatz repräsentiert

---

1) Ob dies derzeit immer der Fall ist, erscheint angesichts teilweise geübter Auflagenpraxis noch fraglich, vgl. die Beispiele bei Bruns, Strafrichterliche Auflagen, GA 1959 S. 193 ff.(2o2/o3).

2) Über die dabei auftretenden verfassungsrechtlichen und gesetzestechnischen Probleme vgl. Müller-Dietz, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, GA 1967 S. 65 ff., sowie in: Strafvollzugsgesetz oder Strafvollstreckungsgesetz? Festgabe für A.Krebs, S. 111 ff.

3) Ein Vorschlag, den Grunau schon 1958 machte, der bislang aber, soweit ersichtlich, keine weitere Beachtung mehr gefunden hat; vgl. Grunau, Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzugs, ZStW 7o(1958) S. 5o1 ff. (513).

durch den Staatsanwalt, den Richter und den Vollzugsbediensteten. Wie aber der Richter in besonderen Fällen schon im vorbereitenden Verfahren tätig wird[1], so soll er auch, über die derzeit vorgesehenen Möglichkeiten im Rahmen der Vollstreckung hinaus, ebenso im Vollziehungsverfahren Mitwirkungsmöglichkeiten erhalten. Gerade weil die Strafe ihre Monopolstellung als Mittel der Verbrechensbekämpfung verloren hat, dürfte der Richter nicht mehr nur auf ihre Verhängung beschränkt bleiben.

---

1) So im Falle der gerichtlichen Voruntersuchung gemäß §§ 178 ff. StPO.